República Oriental del Uruguay

ANALES

DE

LA UNIVERSIDAD

Entrega N.º 115

Administrador: MANUEL BABÍO

SUMARIO: «La influencia e infiltración del Derecho Romano en nuestro Código Civil». Tesis aprobada por el Consejo Directivo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales para optar al cargo de profesor agregado del curso de Derecho Romano, presentada por el doctor Antonio M. Pittaluga.

AÑO 1924

MONTEVIDEO

IMPRENTA NACIONAL

1924

ANALES DE LA UNIVERSIDAD

AÑO XXXIII | MONTEVIDEO 1924 | ENTREGA N.º 115

La influencia e infiltración del Derecho Romano en nuestro Código Civil

Tesis para optar al cargo de Profesor Agregado del curso de Derecho Romano

POR EL

DOCTOR ANTONIO M. PITTALUGA

Aprobada por el Consejo Directivo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, en sesión de fecha Setiembre 25 de 1922.

PRELIMINARES

1 — OBJETO DEL ESTUDIO

INFLUENCIA DIRECTA E INDIRECTA DEL DERECHO CIVIL ROMANO

Trataré de demostrar la influencia que han tenido las instituciones del Derecho Civil Romano en nuestro Código Civil; o sea, los antecedentes romanos de nuestras disposiciones legales; las normas jurídicas que han sido transportadas de aquél a éste, ya por intermedio de las leyes españolas o del Código Civil francés, que fueron las fuentes primordiales de nuestros Codificadores, — por lo que haré la filiación legal de ambas a grandes rasgos, — ya por la aplicacióu directa de principios romanos que no aceptaron aquellas fuentes.

Veremos, pues, en general cuán grande ha sido la in-

filtración en las leyes que nos rigen, de ese derecho que se llamó con toda propiedad « *la razón escrita* », — y detalladamente en los dos primeros Libros de nuestro Código: « De las personas » y « De los bienes y del dominio o propiedad », los puntos de comparación más notables entre nuestra legislación y el Derecho Romano, no sólo por la aplicación de sus reglas, sino también por una influencia que llamaré indirecta, es decir, por las prescripciones que en un instituto dado no se ajustan estrictamente a las normas del Derecho Romano; pero en las que su actual disposición está fundamentada en un estudio del problema similar en aquel régimen legal, — y cuya distinta solución ha sido motivada por el cambio en el medio ambiente, la derivación de las ideas jurícas y sociales hacia otros campos y la superioridad de la razón cristiana sobre la razón pagana.

Muchas veces se ha debido acudir al Derecho Romano no ya para tomar sus preceptos, sino también para pedirle un método y una guía que nos dirija hacia adelante en las nuevas vías que ha abierto la codificación de 1804, (la del Código Civil Francés) al decir de Marcadé.

Creo que en toda ciencia o arte, — pues sabido es que el derecho puede ser considerado como ambas cosas, según que uno se coloque desde el punto de vista del conocimiento de sus principios y del modo de su producción, o de la aplicación de sus reglas a las prácticas de la vida, — y más en Derecho Romano, considerado por sus jurisconsultos, Celso entre ellos, como un arte más que como una ciencia, tanto que Cicerón (Gell. I) reprocha a los juristas de su tiempo de reducir su ciencia a casos particulares, sin relacionarlos a los principios generales, aconsejándoles hacer una exposición sistemática del derecho civil, expresando: « jus civile in artem redigere »; — en todo arte, por lo tanto, hay siempre una mezcla de principios, inmutables, permanentes unos, que forman su base fundamental, y otros variables, falsos, productos espureos, — que se encuentran tan íntimamente ligados, que

en una época determinada no puede decirse cuál es uno y cuál es otro, qué parte es la que lleva la verdad y a qué otra hay que considerar artificiosa. La separación de esos principios es obra lenta, de mucho tiempo, aun contándolo en la vida de un pueblo; es una especie de decantación que no la puede efectuar, como lo he dicho, ni un hombre, ni una generación, sino muchas generaciones, es el efecto de las múltiples causas que dan por resultado la evolución sociológica de una sociedad.

Trece siglos ha durado esa decantación para el Derecho Romano, que ha puesto de manifiesto cuáles de sus principios son inconmovibles por la verdad jurídica que contienen, y cuáles fueron esos otros productos falsos, artificiosos, motivados, para nosotros hoy día, por lo que consideramos una errónea concepción social, pero verdaderos también para los autores de esas leyes, que dadas para regir a un pequeño pueblo del Lacio, como si nada existiera fuera de él, han acabado por proveer a las necesidades jurídicas del mundo que civilizó después el cristianismo; por ellas hemos podido ver cómo nacen, se desarrollan y mueren o perduran sus instituciones, y lo que ha quedado, menester es tenerlo en cuenta para cualquier concepción jurídica, bajo pena de que nada quede de ella en el transcurso de los tiempos, por la falta de aquellos principios que le dan valor y vida.

No es menester, empero, copiar los moldes romanos; sobre la base que ese derecho ha dado, cabe cualquier otro precepto legal: por eso he podido decir de su influencia, sin ser seguido más o menos servilmente en las legislaciones, y aun cuando sean distintas sus prescripciones.

Dejaré de lado el estudio de esa otra influencia, considerable también que el Derecho Romano y sus textos han tenido y tienen en otras esferas de actividades jurídicas, en la resolución de conflictos de derechos, en la aplicación e interpretación de las leyes y generalizando el concepto, en el proceso de su sanción. En todo lo dicho es

indispensable su conocimiento para corregir ineludibles deficiencias y aun arbitrariedades. Es así que Treilhard, uno de los redactores del Código Civil francés pudo decir con toda razón: « es sobre todo en las leyes del pueblo « conquistador y legislador en donde se obtendrán esos « principios luminosos y fecundos, esas grandes máximas « que encierran casi todas las decisiones o que las pre- « paran; es en él que es menester buscar, para hacerlas « familiares y propias, esas nociones seguras y sorpren- « dentes, que se pueden considerar como tantos oráculos « de la justicia ».

Es que, en efecto, el estudio del Derecho Romano, es un incomparable estudio de la razón aplicada a los hechos de la vida real. Si los intérpretes de las leyes de las XII Tablas decían: « Dura lex sed lex », si Cicerón pudo decir « Summun jus, summa injuria », el Digesto nos dice de « restringir lo inicuo y extender lo equitativo ». Vemos también en el texto citado y en las Institutas, tomado de Ulpiano, este elocuente y aleccionador párrafo: « Con ra- « zón se nos llama (a nosotros los jurisconsultos) sacer- « dotes, cultivamos la justicia, enseñamos la noción de lo « que es bueno y equitativo, separamos lo equitativo de « lo inícuo y lo lícito de lo ilícito y tratamos de hacer « buenos a los hombres, no sólo por el temor de las pe- « nas sino por la exhortación, lo cual en mi parecer im- « porta la verdadera y no la finjida filosofía ».

Es por todo ello, pues, que como más o menos ha dicho un autor: el Derecho Romano abre al pensador, al estadista, al ciudadano esclarecido vastas perspectivas y salva a los legistas de una descolorida rutina, en la que caen fácilmente abogados, jueces, profesores o comentadores, cuando se contentan con el estrecho horizonte que media entre la fecha del Código que aplican o comentan y la del momento en que hablan o escriben.

Determinado así lo que será materia de este estudio, entraré en él.

PRIMERA PARTE

ANTECEDENTES DEL CÓDIGO CIVIL URUGUAYO

CAPÍTULO I

El autor del Código Civil

La Comisión de Codificación, nombrada por el Gobierno de la República en 1867 para revisar y aprobar el proyecto de Código Civil presentado, según ella, por el doctor don Tristán Narvaja, manifiesta que ha sido « el « Código Civil Oriental extraído de los distintos cuerpos « de derecho que heredamos de la España, y de todos « los Códigos vigentes o en proyecto de los pueblos « cultos. . . », — creo conveniente, en tal virtud, indicar a grandes rasgos la filiación legal de la mencionadas fuentes, es decir, de las leyes o Códigos Españoles y del Código Civil Francés, del que en realidad derivan los demás citados, incorporando a él las doctrinas, que han recibido aplicación en el mismo, de los comentaristas que han tenido su punto de partida en los textos romanos.

El ilustrado Profesor de Derecho Romano de nuestra Facultad, doctor don Luis Piñeyro del Campo, dice en sus Apuntes, que « . . . al estudiar los orígenes inmediatos « de nuestro Código Civil debe tenerse presente el pro- « yecto de Código Civil del doctor Eduardo Acevedo en « 1851. . . », agregando por mi modesta parte, que creo imprescindible ese estudio previo para obtener la filiación exacta de nuestro Código; pues sin tratar de quitar méritos a nadie, creo también que el *verdadero* autor de nuestro Código es el doctor Acevedo, autor del «Proyecto»

en cuestión. Me fundo para emitir esa opinión en que el Código Civil es posterior al Comercial y es notorio que sus disposiciones sobre «Obligaciones» son obra del doctor Acevedo, y ellas, que son lo fundamental de todo Código, lo más delicado e importante casi de él, han pasado al Código Civil tal como estaban en el Comercial, por lo cual resulta que el doctor Acevedo, es indudablemente el autor en esa parte, de aquel cuerpo de leyes.

En el Diario de Sesiones de la H. Cámara de Senadores, correspondiente al año 1888, consta la siguiente opinión del doctor Miguel Herrera y Obes, a propósito de discutirse los derechos que tenía la Sucesión Narvaja a la publicación del Código Civil: « . . . El doctor Narvaja « no fué ni más ni mejor que los demás colegas que tuvo « en la confección del Código.

« Muy respetable por sus conocimientos jurídicos, no « era el único que estaba en esas condiciones.

« Pero ningún mérito tiene el doctor Narvaja en ese « trabajo; — como Presidente de la Comisión del Código, « tengo que decirlo.

« Concluida la guerra con Rosas, un joven y sabio « jurisconsulto de nuestro foro, el doctor don Eduardo « Acevedo, presentó un Proyecto de Código Civil, que « está en todas las bibliotecas de los abogados.

« Ese Código Civil, señor Presidente, era la síntesis de « todos los Códigos Españoles que hasta aquella época « habían estado vigentes en estos países.

« Pero numerosos como eran y contradictorios entre « sí mismos estaban sujetos a numerosos comentarios más « o menos respetables cuya erudición era costosa porque « eran tan numerosos.

« El doctor Acevedo, aprovechado los ocios que tuvo « en una época determinada, se contrajo a sintetizar ese « Código y a ponerlo en un idioma vulgar correspondiente, « hasta cambiando su forma, que le dió la del Código « Francés.

« Esas disposiciones todas venían comentadas por el

« doctor Acevedo, mostrando una erudición jurídica sor-
« prendente en un hombre de su edad...

« Pero venido el General Flores a la Presidencia de « la República, una de las primeras cosas de que se ocupó, « fué de dar continuidad a los trabajos del doctor Ace- « vedo nombrando una Comisión de jurisconsultos que se « ocupase de ellos y promoviese todas las mejoras de que « fuese susceptible.

« Efectivamente, el señor Presidente de la República, « en esa época, me nombró a mí Presidente de la Comi- « sión y como colaboradores al doctor Antonio Rodríguez « Caballero, don Joaquín Requena y don Tristán Narvaja.

« El doctor Narvaja fué el Secretario de esta Comisión « y él fué el encargado de la redacción de las actas y « de todos los trabajos de impresión de aquella época.

« El trabajo, señor Presidente, era sorprendente por su « laboriosidad y por su saber, pero tenía vacíos; — y en- « tonces la Comisión se contrajo a hacer de él un estudio « completo y perfecto ... ».

Luego, contestando una interrupción del doctor José P. Ramírez, que entre otras cosas decía que « la misma Co- « misión Codificadora da por autor del Proyecto al señor « doctor Narvaja y no se atribuye las funciones de haber « colaborado a esa obra... » el doctor Herrera y Obes replicó: « Por eso he sentido, señor Senador, verme en « la precisión de tomar la palabra, porque hubiera que- « rido tomarla con el doctor Narvaja presente.

« Para mí es una cobardía hablar de un hombre de ese « modo, cuando él ha muerto y no se puede defender y « eso me hacía reiterar mi resolución de no tomar la » parte que he tomado en la discusión.

« Pero la relación que acabo de hacer, es verídica y « podría justificarla con todos los demás colegas.

« El señor miembro de la Comisión doctor Narvaja, no « ha tenido ni el mérito de la originalidad.

« Esa originalidad ha sido exclusivamente del doctor « don Eduardo Acevedo, que fué la que sirvió de base « para la discusión de la Comisión ».

Después de la transcripción que he terminado me parece inútil otro fundamento de mi opinión, concorde con la expresada.

Repito, pues, que es imprescindible para determinar la filiación legal de nuestro Código Civil, el estudio de ese Proyecto, que más que antecedente es integrante de él.

CAPÍTULO II

La influencia de la legislación española

SUS CUERPOS DE LEYES

¿Cuáles fueron las leyes que heredamos de España por la conquista?

El doctor Acevedo, al hablar sobre las fuentes de nuestro Código nombra a las siguientes: el Fuero Juzgo, — las Siete Partidas, — el Fuero Real, — Leyes de Toro, — la Nueva Recopilación, — la Novísima Recopilación, — y multitud de pragmáticas especiales y las « Cédulas para Indias » que poca o ninguna influencia tuvieron fuera del restringido alcance que les era inherente por la especialidad que las informaba, agregando que « no deja de ha- « cer un contraste singular, ver a la España despren- « diéndose de sus viejas Leyes, mientras que nosotros « conservamos religiosamente los harapos que ella tira... ».

¿Qué influencia ha tenido el Derecho Romano en la promulgación de esas leyes?

Empecemos esa investigación por la más antigua y tal vez la más importante de ellas, al decir de Gibbon « Historia de la decadencia y destrucción del Imperio Romano » y Guizot « Historia de la Civilización en Francia », contra el parecer de Montesquieu: el *Fuero Juzgo*, llamado así desde el siglo XIII, y que en su origen se llamó Código de las leyes, Libro de los Jueces o Libro de los Godos o de los Reyes Godos.

La mayor parte de sus disposiciones provienen del De-

recho Romano, aunque con su sanción deja de existir con fuerza obligatoria « la ley romana ». En efecto: las leyes que el Fuero Juzgo contenía eran de cuatro clases: 1.º las que hicieron los príncipes por su propia autoridad o ayudados por sus Consejos privados, — 2.º las que se hacían en los concilios nacionales, formados por los prelados de la Iglesia, los nobles, los altos dignatarios de la Corte y funcionarios de alta categoría del Reino, — 3.º las que se hallan sin fecha de sanción, ni nombre de su autor, y 4.º las que contienen al principio una nota que dice « antigua » y otras en las que se agrega « noviter emendata ».

Las dos últimas clases provienen de la legislación romana, la cuarta indiscutiblemente y verosimilmente la tercera, pues al no indicar origen o procedencia, se supone que se las tomó del Derecho Romano y que eran tan conocidas y aceptadas, que no había porque hacer anotación alguna al margen de ellas.

Todas han sido sacadas, indudablemente, del Breviario de Alarico, en el que se encuentran únicamente el original de algunas de esas leyes, que han sido copiadas textualmente y otras derivan de los principios jurídicos en él contenidos; siendo, al parecer, desconocidas a los autores del Fuero Juzgo las leyes Justinianeas, o pasadas en silencio por lo menos.

En cuanto a las dos primeras clases de leyes del Fuero Juzgo, se puede presumir su origen romano por el conocimiento de las reglas de derecho contenidas en el Breviario de Alarico y de las costumbres romanas, así como de sus tendencias, que fuera de toda duda debían tener las clases elevadas de aquel país, conocida la difusión de las ideas romanas y el activo comercio que con Roma tenían esas regiones. Si según G. Ferrero, « Grandeza y decadencia de Roma », la industria de toda España se orientó hacia nuevas formas por la influencia de aquella Capital, si las costumbres también se cambiaron por la misma causa, no es aventurado suponer que esa orienta-

ción llegó hasta a dar carácter romano a la legislación propia de aquel país, o que por lo menos en las decisiones de Príncipes o Concilios no pudo existir un criterio jurídico independiente por completo de las ideas romanas, por aquel mismo motivo.

Siguió al Fuero Juzgo en orden cronológico, pero primero en méritos, el «Código de las Siete Partidas», llamada así la compilación de leyes hechas por don Alfonso el Sabio, obra que ha sido considerada como el trabajo legislativo y jurídico más completo y perfecto que ha visto la luz en el occidente europeo.

Las Siete Partidas, llamadas así por estar dividido ese Código en siete partes, siguió casi exclusivamente al Derecho Romano Justinianeo, motivo por el qué fué criticado su autor, el Rey Sabio, pues decían sus detractores, que había tenido en poca estima la legislación patria (española) y que en cambio había introducido en ella doctrinas desconocidas en España hasta aquella época.

Aparece después el Fuero Real, que aunque no fué calcado sobre el Derecho Romano como las Partidas, tomó mucho de aquél, desde que copió al Fuero Juzgo gran parte de sus disposiciones y tomó muchos usos para darles fuerza de ley, disposiciones y usos que provienen de aquéllas y eran consecuencia éstos de los preceptos contenidos en el Breviario de Alarico, o como éste le llamó, Lex romana Visigothorum.

Los diversos Fueros regionales, las leyes de Toro, las cédulas, autos y pragmáticas-sanciones que regían junto a las leyes antes citadas, habían convertido en un caos la legislación española y por consecuencia la de sus posesiones de ultramar. Felipe II trató de unificar esa legislación multiforme y ordenó para ello la confección de lo que se tituló «Nueva Recopilación».

Comprende ella, entre otras leyes, las de Toro, que transcribe íntegramente, y por cuya causa les alcanza lo que sobre su filiación diremos del código que las contiene.

En la Nueva Recopilación, — que no llenó el objeto que su autor se propuso por la ambigüedad de su doctrina y pésima organización, — la influencia del Derecho Romano es también preponderante, a tal punto que rigiendo estas leyes, se criticó que «por su causa se diera menos importancia al estudio del derecho patrio que al extranjero o Romano», cuya influencia continuaba siendo exclusiva a tal punto que hasta los magistrados daban sus fallos con arreglo a éste, y fué tan común esa aplicación de los textos romanos, que en tiempos de Felipe V se dictó un auto por el que se prohibía que se empleara en la discusión de los litigios y en los fallos de la justicia el Derecho Romano, penándose a los que no acataran lo mandado.

Tan arraigado estaba en España el estudio y aplicación del Derecho Romano, que Carlos IV dispuso la promulgación de un cuerpo de leyes para evitar aquel uso, que consideraba abusivo y a la vez coordenar y unificar el derecho Español. Ese código se llamó la Novísima Recopilación, que fué sancionada en 1805 y que tampoco llenó el fin propuesto por su autor, pues tenía las mismas fallas de organización que la anterior Recopilación, y no llenaba los claros que la proscripción del Derecho Romano dejaba en la legislación vigente, por lo que fatalmente debía acudirse a aquél para llenarlos a satisfacción y suplir así las deficiencias de que adolecían las nuevas leyes en uso.

Se inspiró también la Novísima Recopilación en el Derecho Romano, por la repetición de las leyes que de él provenían, no pudiendo evitar tampoco el sello romanista que en la legislación y en la práctica había impreso el giro que habían tomado desde tiempo atrás la enseñanza juridica y social que se daba en las Universidades Españolas; no habiéndose logrado en manera alguna la unificación y coordinación de las diversas leyes que recibían aplicación en las regiones sometidas a la potestad del Monarca que dispuso su promulgación.

De todas esas leyes, en resumidas cuentas, sólo había quedado en pie el Código de las Siete Partidas, debido a la fuerza incontrastable que le daba el Derecho Romano, cuyos moldes había seguido y copiado. El era el único que podía satisfacer las necesidades jurídicas de esas épocas, el único que recibía merecida aplicacion y todo ello merced a las prescripciones que de las obras de Justiniano había sacado, tanto que ellas y los autores que las habían comentado o glosado, eran su obligado complemento.

Teniendo presente, por una parte, que nuestro Código Civil ha emanado de « los distintos cuerpos de derecho que heredamos de la España », y por otra que el doctor Acevedo, se limitó, según se ha visto, a coordinar las diversas leyes españolas, y evitar « su confusión, sus vacíos e incoherencia », y demostrada la infiltración del Derecho Romano en la legislación española; — pues tan Derecho Romano son los Códigos de Justiniano, como el Breviario de Alarico o Lex Romana Visigothorum, que es una reproducción abreviada de las Institutas de Gayo, sentencias de Paulo y extractos de los Códigos Teodosiano, Gregoriano y Hermogeniano, con más algunas novelas post Teodosianas, — demostrada queda en tal virtud la influencia que él ha tenido en nuestro Código Civil por intermedio de las mencionadas fuentes.

CAPÍTULO III

El Código Napoleón

Otra de las principales fuentes del Código que estudiamos es el Civil Francés, comunmente llamado Código Napoleón, cuyo origen es netamente romano también. Si la Comisión de Codificación da al nuestro como procedente de « . . . todos los Códigos vigentes. . . de los pueblos cultos . . . » sin otra especificación, aunque agrega en otro párrafo, citando los antecedentes que se han tenido en

cuenta a « los más sabios comentadores del Código Napoleón. . . », vemos en el libro publicado por un hijo del doctor Tristán Narvaja, titulado « Fuentes, notas y concordancias del Código Civil », de acuerdo con las anotaciones del que para esa misma Comisión era el autor de las disposiciones que aprobó en el Código Civil, que en la gran mayoría de los artículos se da al Código Francés como procedencia de la disposición comentada.

A su vez el que debe considerarse verdadero autor de nuestro Código, dice, haciendo mención de las ventajas o inconvenientes de la codificación y del ejemplo dado por la Francia, que se dió un Código:. . .» « Muchas naciones le han seguido ya en Europa y América. « Algunas se han limitado a meras traducciones del Código de Napoleón, otras han tratado de acomodarle a « las necesidades especiales de cada país.

« Esto fué lo que nosotros quisimos hacer, cuando nos « vino la idea de poner una piedra en el edificio de la « codificación; pero temiendo el reproche que necesariamente se nos haría de implantaciones exóticas para las « que, sin suficiente examen, podría alegarse que no estábamos preparados, quisimos demostrar que casi todas « las disposiciones que aconsejamos, se encuentran dispersas en nuestros códigos, en los romanos o en los « autores más comúnmente seguidos entre nosotros » agregando luego: « nuestra tarea es tanto más fácil, « cuanto que el mismo Código Napoleón, como decía Portalis al tiempo de la discusión, no es más que las *instituciones de Justiniano* con algunas adiciones sobre usos « y derechos que en tiempo de los romanos no se conocían. . . ».

Fué, por lo tanto, con disposiciones sacadas del Código Francés y por ende de las Institutas de Justiniano que el doctor Acevedo, autor de nuestro Código Civil, llenó «sus vacíos» y evitó sus «incoherencias» (refiérense esos términos a la legislación de su época).

Es en Francia, sin duda alguna, donde más desarrollo

e influencia tuvo en los estudios jurídicos y en sus leyes el Derecho Romano.

La Galia de la cual la Francia actual formaba antes la mayor parte, fué conquistada por los Romanos en tiempo de Julio Cesar. Los romanos llevaron su civilización e implantaron en ella sus costumbres, su lengua, su derecho. La influencia latina fué tan poderosa que en poco tiempo la Galia fué completamente romanizada y se transformó en una de las provincias más florecientes del Imperio.

Pero después de varios siglos la dominación de Roma sobre la Galia terminó debido a la invasión victoriosa de los Godos, Burgendos, Francos, Alanios, Gépidos, Vándalos y Hunos, que devastaron esas comarcas. Y al decir de un historiador francés: « cuando esa marea quedó « estacionada, cuando los invasiones terminaron, la Galia « se había vuelto la Francia. El feudo de la poblacion « no había cambiado, pero se habían producido natural« mente cruzamientos con los invasores. Esos cruzamien« tos dieron nacimiento a un pueblo mezclado que se « dividió en dos grupos, separados más o menos por el « río Loira ». Al sur de ese río, las costumbres romanas, muy arraigadas persistieron y con ellas el Derecho Romano. Este continuó, pues, siendo aplicado en esos países, con ligeras modificaciones. Como ese derecho había sido expresado en actos escritos, emanados del poder legislativo, se le llamó entonces en Francia, y se le llama hoy al referirse a esa época, *el Derecho escrito.* Al norte del Loira, se seguían los usos locales, nacidos espontáneamente de las necesidades sociales que no debían casi nada a los pueblos bárbaros invasores y en cuyas costumbres se había infiltrado mucho el Derecho Romano, el cual desempeñaba el rol de una legislación supletoria. Esos usos formaban lo que se llamó las *Costumbres.*

Esa situación duró hasta el siglo XV. En ese intervalo, se afianzó el Derecho Romano; las célebres « Capitulares » de Carlo Magno al decir de sus comentadores,

han tenido por modelo, con toda certidumbre, las obras de Justiniano. El rey San Luis, hizo traducir al idioma francés común las leyes romanas que estaban en latín, para su mejor difusión y aplicación.

El rey Carlos VII (1453, Ordenanza de Montil-les-Tours) inició la redacción oficial de las leyes de todos «los países de Francia», y ese trabajo se continuó bajo Luis XI, Carlos VIII, Luis XII y Francisco I. Quedó así, por lo tanto, terminado el imperio del «*droit coutumier*» (derecho consuetudinario), siendo reemplazado por el derecho escrito, que se inspiró casi exclusivamente en el Romano. Pero ese derecho no era uniforme para toda la Francia. Aunque de derecho escrito, cada provincia tenía su derecho que era a menudo diferente del de las otras, siendo un nexo común lo que procedía del Romano.

A partir del siglo XVII, los reyes de Francia trataron de uniformar la legislación. Ya desde el siglo anterior el estudio del Derecho Romano era meticulosamente enseñado en todas las universidades francesas y atraía el interés de todos los hombres de Estado, y bajo el influjo de esas tendencias romanistas, se dispuso, en la época indicada, la publicación de Ordenanzas Generales, comunes a todas las provincias francesas. Entre las principales se encuentran, bajo Luis XIV, la Ordenanza sobre el procedimiento civil, la Ordenanza sobre las aguas y bosques, el Código Negro, las Ordenanzas sobre la administración de las ciudades; bajo Luis XV: la Ordenanza sobre las donaciones, sobre los testamentos, sobre las sustituciones, sobre las falsificaciones.

Todas ellas repetían lo que el Derecho Romano estatuía sobre los puntos que comprendían, dejando apenas un sitio para las modificaciones que *las costumbres* habían efectuado en ese derecho, que era también y en última instancia Derecho Romano.

Es por eso que se ha dicho con toda razón por los civilistas e historiadores franceses, que «el Derecho Romano era uno de los elementos esenciales de nuestro «derecho nacional antes de la Revolución de 1789».

En el estado que he indicado fué recogido y consagrado en el Código Civil Francés. Los redactores de ese Código no lo han ocultado y no dejaron de confesar todo lo que copiaron al Derecho Romano, principalmente en lo que el estado político y las costumbres de ese tiempo no se oponían a esa copia. Es por lo que dejo expuesto, que se ha escrito actualmente: « nuestras doctrinas (las fran- « cesas) fundamentales sobre el derecho de propiedad, « sobre sus desmembramientos, sobre las obligaciones, son « directamente obtenidas de las fuentes romanas, repro- « ducen sin casi ningún cambio las doctrinas romanas, y « no se puede comprender bien nuestro derecho privado « actual (el francés) más que remontándose a sus oríge- « nes romanos, conocida la parte considerable que él con- « tiene todavía de ideas romanas ».

CAPÍTULO IV

El Derecho Romano y las disposiciones originales de nuestro Código Civil

Pero no es por esa sola influencia, no del todo directa, que nuestro Código Civil es de origen romano. Hay otra influencia Romana y más directa en él.

El doctor Acevedo, dice en el prólogo de su proyecto: « ... Cuando nos ha faltado, pues, ley nuestra en que « apoyar la disposición de un artículo, hemos ocurrido al « Derecho Romano o a alguno de nuestros autores, pre- « firiendo entre éstos a los *institutistas* ... »; — por su parte el doctor R. Narvaja, al hablar del doctor Tristán Narvaja, en la Introducción de las « Fuentes, notas y Concordancias del Código Civil » dice: « ... había empren- « dido el estudio transcendental del Derecho Civil, desde « sus fuentes; y por eso no le eran desconocidos ni los « estudios e investigaciones sobre el Derecho Romano, « como lo demuestra con el conocimiento que tenía de los « más eminentes romanistas franceses y alemanes ... »,

es decir, por lo tanto, que estableciendo uno, que a falta de ley, acudía a la Romana; y otro que al Derecho Romano había que recurrir para buscar el origen de una prescripción, se desprende por lógica consecuencia que las disposiciones originales de nuestro Código también provenían del Derecho Romano; — que era éste quien daba los fundamentos de ellas, aunque como lo he manifestado, a consecuencia del cambio y evolución de las ideas, fuera distinta la solución dada por nuestro Código a la que establecieron las *responsa prudentium,* que también a veces diferían de los dictados de la ley escrita, porque sus autores, aunque consideraban al derecho como salido de la costumbre, la conciliaban, respetándola siempre, con el progreso, por lo que evitaban esos escollos en que chocan y desaparecen tantas leyes: la inmovilidad y la inestabilidad, a lo que agregaban esa tendencia, nunca abandonada de «fundir el derecho civil en el derecho natural» al decir de Labbé prologando a Ortolan, y que tuvo su definitiva consagración en las obras de Justiniano.

SEGUNDA PARTE

TÍTULO I

LAS PERSONAS

CAPÍTULO I

El título preliminar del Código

Hemos establecido, pues, en general, la filiación de nuestro Código Civil.

Veamos ahora en cada instituto en particular, cuál fué aquella influencia, directa o indirecta del Derecho Romano de que antes he hablado.

Respecto al título preliminar, aunque considero que constituye más bien reglas de interpretación y aplicación de *todas las leyes* en todas las esferas, tanto judiciales como administrativas, más bien que disposiciones exclusivas del Código Civil, las trataré brevemente.

Su filiación es romana, no sólo por provenir muchas de sus disposiciones de las Siete Partidas, del Codigo Civil Francés, de los romanistas que inspiraron a los autores de ese Código, de Savigni mismo (los fundamentos generales del artículo 5.º sobre el imperio del Código), sino que también se ha ido a buscar los fundamentos, de otros artículos, sobre su conocimiento, derogación de leyes, interpretación armónica, los números 2, 10, 13, 16, 17, 18 y 20 del Código Civil directamente al Digesto y a las Novelas de Justiniano.

CAPÍTULO II

Personas. Derechos de la familia

CONCORDANCIAS DEL DERECHO CIVIL ROMANO CON EL NATURAL. LA LEGISLACIÓN JUSTINIANEA

Entramos con el estudio del Libro I « De las personas », al verdadero dominio del Codigo Civil.

Muchos autores, comentando el Codigo Civil Francés, al buscar los orígenes de las disposiciones que en él figuran en el Libro que estudiamos, se refieren a las leyes de las XII Tablas, llegando a lo más a abarcar en su búsqueda el período llamado «clásico» de ese derecho y dicen así que ninguna de las disposiciones que comentan es de origen romano, pues no existen en el Codigo comentado esas dos especies de personas, propias del Derecho Romano: el hombre según la naturaleza, y el hombre según el derecho, como había dos especies de matrimonio y dos especies de familia y de parentesco; existiendo por lo tanto a la vez la persona civil, que no era la persona natural, — el matrimonio de derecho civil, diferente y contrario al matrimonio de derecho natural, — y el parentesco y la familia civil, que no eran tampoco ni el parentesco ni la familia naturales.

Y bien, eso no es completamente exacto; si la evolución del derecho en Roma, culminó y se cristalizó, diremos, en las obras de Justiniano, si el derecho de Justiniano es la última expresión de aquellas reglas, es un error el referirse a épocas de transición, de construcción, cuando se sabe en que época termina el ciclo evolutivo que ha determinado los principios definitivamente consagrados por esa ciencia.

Justiniano está fuera de ese reproche. Por sus disposiciones han desaparecido de la legislación romana los últimos vestigios de lo que algunos han llamado « una se-

gunda naturaleza, una naturaleza jurídica al lado de la verdadera naturaleza del hombre ».

Nada queda en su tiempo de las prerrogativas que el parentesco de derecho civil, la agnación, tenía sobre el basado en los lazos de la sangre: la cognación. Esa diferencia desapareció en el año 543 con la supresión de la agnación, desde cuya fecha apareció, dice Cuq: « la noción moderna de la familia fundada sobre la comunidad de origen » y permite al hijo adquirir derechos en sus familias paterna y materna, por considerársele perteneciente a las dos a la vez.

Vemos también en las Institutas Libro I, título 12, parágrafo 8, que en los casos de adopción cesa la patria potestad del padre natural (esto es del que lo es por los lazos de la sangre) *sólo* en el caso que el adoptante sea abuelo natural del adoptado o bisabuelo; pero siguiendo siempre el hijo en la familia de su padre como si de ella no hubiera salido, y sabido es que en épocas anteriores la adopción rompía por completo todo vínculo entre el adoptado y su familia natural, considerándose que nunca había pertenecido a ella.

Quedaron algunos resabios de aquella predominancia de la agnación en lo referente al orden de llamamiento de las sucesiones y discernimiento de la tutela, los que fueron abolidos en el año 554 por la Novela 118 de Justiniano, que para ambas instituciones, por ser la tutela una consecuencia de la sucesión, según la máxima « Ubi emolumentum successionis, ibi et onus tutelae » (Donde se halla el beneficio de la sucesión, allí está la carga de la tutela), estableció que se debía considerar únicamente el grado de parentesco, sin distinguir si lo era por agnación o cognación.

La cognación resultaba, pues, con Justiniano no sólo del legítimo matrimonio, del nacimiento fuera de él de madre ciudadana o esclava, sinó también de la legitimación por subsiguiente matrimonio, o por rescripto del príncipe y aún del concubinato, dando todas los mismos derechos civiles.

Lo mismo pasó con el matrimonio. El derecho nuevo no reconoció sino uno solo, que era fuente para todos los contrayentes, de cualquier categoría que fuesen, de idénticos derechos y obligaciones; pues aquellos otros exclusivos del derecho civil y de que emanaban consecuencias diferentes según la forma de celebración y las personas que en él intervenían, dejaron de existir para la legislación Justinianea.

CAPÍTULO III

El hombre según el Derecho Civil y el Natural

EVOLUCIÓN DEL DERECHO CIVIL. LA ESCLAVITUD EN EL DERECHO Y EN LAS COSTUMBRES

En cuanto a la situación de las personas, a esa doble entidad, el hombre según la naturaleza y el hombre según el derecho civil, también se modificó bajo Justiniano.

Antes de pasar adelante, creo que debo hacer ciertas consideraciones imprescindibles: considero que existe siempre una gran distancia, un abismo entre las doctrinas filosóficas y aun jurídicas y la realidad de la existencia, la materialización de sus principios en un momento dado, siendo materialmente imposible, por más que se quiera, el realizar de inmediato aquellos dictados.

Se reprocha al Derecho Romano o a sus intérpretes, su estrictez y su falta de equidad. ¿Acaso los primeros Magistrados que se dió Roma no tendrían siquiera vagas nociones de los principios de justicia y de equidad? Que así era nos lo demuestran los edictos de los pretores que suavizaron las rudas asperezas y los exclusivismos del Derecho Civil, rígido y formulista; y sin embargo de esa inclinación a lo justo y a lo equitativo, Gayo nos cuenta que un hombre perdió un pleito por haber pronunciado las palabras *vites* (viñas) en lugar de *arbores* (árboles)

como indicaba la ley. Es esa una manifestación de aquella diferencia entre las ideas y la realidad.

Eso es para nosotros un hermetismo legal absurdo, ¿y no será quizá para las generaciones que vendrán dentro de un plazo igual al que nos separa de ese derecho, una formalidad inícua el que nuestras leyes exijan escritura pública para la validez de los contratos de compraventa de bienes inmuebles? Las ventajas o inconvenientes de ciertas formalidades es fácil que escapen a la compresión de épocas posteriores en mucho tiempo a aquellas en que fueron impuestas, sin que ello quiera significar su falta absoluta de razón.

¿Que la libertad individual fué desconocida por el Derecho Romano, que sancionó la esclavitud, equiparando a los esclavos con las bestias? Ya la esclavitud fué un adelanto grande sobre las primitivas costumbres de matar a los prisioneros de guerra, su primera y gran fuente; pero si en la práctica se legislaba en el Derecho Romano sobre ella, en doctrina se reconocía que no debía existir, pues leemos en las Institutas, Libro I, título 3, parágrafo 2, el siguiente pasaje extraído del Digesto, el que lo copió de Florentino, jurisconsulto que vivió muchos años antes que Justiniano: «La esclavitud es una institución del «derecho de gentes que, contra la naturaleza, pone a un «hombre bajo el dominio de otro». Vemos ahí cómo existía ya en Roma el concepto moderno de la esclavitud.

Por otra parte, ateniéndonos a las prédicas y doctrinas no ya anarquistas, sino socialistas, nos resultaría que la esclavitud no ha desaparecido de nuestra legislación; es cierto que no es la que consagra el Derecho Romano, porque no existe el amo de carne y hueso, pero las leyes han dado sitio a otro, tanto o más brutal y egoista, y que se llama capital o se llama trabajo; pues según aquellas doctrinas el obrero es hoy día un esclavo del trabajo o un esclavo del capital, según se mire. Y son las páginas del mismo Código que consigna los derechos de todos los hombres sin excepción, las que imponen esa moderna

concepción de la esclavitud, cuya manumisión es hoy día más difícil que en los lejanos días de la república Romana, según aquéllos.

Es que ahora y siempre, los más fuertes son los que imponen sus ideas, y mientras los señores lo eran, perduró la servidumbre; cuando los siervos fueron a su vez los más fuertes rompieron sus cadenas, y si los primeros dictaban leyes que a ellos solos favorecían y amparaban, quedando relegados los otros, éstos a su vez, cuando pudieron imponer su voluntad hicieron lo mismo, y fe de ello nos da la Revolución Francesa.

Y cosa curiosa, junto a ese abismo entre la doctrina y la práctica, que no ha podido colmar sino con trabajo y lentamente la idea de libertad, vemos en la historia del Derecho Romano, que quienes más abusaron arbitrariamente de su poder, que los que mayor menosprecio hicieron de todas las libertades y que basaban su poder sobre la esclavitud de los demás, fueron los que dictaron leyes que favorecían aquella libertad civil, coordinando así el derecho civil con el natural, pues al decir de Castelar « La civilización en los cinco primeros siglos del Cristianismo », muchas de las disposiciones más justicieras y equitativas del derecho civil romano se debieron a los más sombríos y sanguinarios tiranos que subieron al trono de los Césares.

Dice así el autor citado: « vemos que el feroz Tiberio, « aquella alma sombría y despiadada establece el crédito « territorial sin interés, coronando la Revolución de los « Gracos; que Nerón, asesino de su madre, de su maestro, « establece la administración de justicia gratuita, derecho « no soñado por las grandes generaciones de tribunos ple- « beyos; que el imbécil Claudio, el marido de Mesalina « prohibe la tortura y hace inviolable la vida del esclavo, « sentimiento de humanidad nunca conocido ni por los « Tulios ni por los Catones; que Domiciano iguala los ca- « balleros y los plebeyos; que Commodo, el feroz Commodo « guarece en la ley a la esclava contra las injurias de

« sus señores; que Caracalla, el insensato, el ladrón, el « torpe, el asesino, da a todos los hombres el derecho de « ciudadanía; que aquellos emperadores, deshonra del li« naje humano, eterna afrenta de la tierra, levantan la « obra más grande del pueblo rey, el Derecho Romano, « obra más duradera que sus conquistas...».

CAPÍTULO IV

La Patria Potestad romana

FUNDAMENTOS E INTERÉS SOCIAL DE ESA INSTITUCIÓN. SUS MODIFICACIONES

Aparte de sus principios fundamentales, el derecho civil, el derecho en sí, no es inmutable, en sus formas se va amoldando a las exigencias de una época, y poco a poco, como lo he dicho, se van separando lo adventicio y lo fundamental.

Así el fundamento de la patria potestad, es casi la misma hoy día que en los primeros tiempos de Roma, pero su parte formal, y entiendo por ello su extensión y el interés de la persona que se tiene en vista, o que se considera al imponerla a quien beneficia, — han variado completamente porque han ido variando completamente también las circunstancias — régimen social y político — que en esa institución han influído para que de absoluta en sus primeros tiempos se hiciera cada vez menos absorbente de la personalidad del hijo, como en la actualidad.

Los regímenes de derecho civil no pueden ser independientes por entero de los regímenes políticos y sociales que son de vital necesidad para el perfecto desarrollo y conservación de una nacionalidad, y al legislarse sobre aquéllos se debe tener presente, si se quiere hacer obra fecunda, esos otros principios, a los cuales en cierto modo el derecho civil está supeditado, así como influyen en su evolución las costumbres dominantes y las tendencias sociales o filosóficas del pueblo.

Tan es cierto ésto, que, cuenta Ferrero en su obra « Grandeza y decadencia de Roma », cuando se trató en Roma, bajo Augusto, de la restauración de la República, dictando nuevas leyes, habían desaparecido de tal modo las antiguas costumbres republicanas, que las personas bien intencionadas, toda la clase media en general, repetían la pregunta de estos versos de Horacio;

« Quid leges sine moribus
« Vanae proficiunt ».

o sea: ¿Para qué sirven las vanas leyes sin las costumbres?

¿Las conquistas de Roma, tanto internas como externas, es decir, su grandeza y sus progresos, a qué se debieron? A la organización de su sociedad, según Ferrero, que en su obra citada dice: « . . . La antigua sociedad romana « puede compararse a ciertas órdenes monásticas que « conservaban en vigor esas ingeniosas combinaciones de « enseñanzas, ejemplos, vigilancias y amenazas recíprocas « con que un grupito de hombres — sometiendo cada uno « de sus miembros a la tiranía de la opinión y de los « sentimientos de los demás, y arrebatándole todos los « medios de vivir fuera de ese grupo — puede hacerles « desplegar, al menos en ciertas obras, más celo, abnega- « ción y disciplina, del que podría esperarse de ellos « considerándolos individualmente. Todo en la Roma an- « tigua estaba enderezado a conservar y aumentar en las « altas clases la fuerza de esa combinación de ejemplos, « de enseñanzas y de amenazas recíprocas: el estado de « las fortunas, la religión, las instituciones, la severidad « de las leyes; las exigencias del sentimiento público que « deseaba verlas aplicadas inexorablemente por los pa- « dres a los hijos, por los maridos a las esposas: la fa- « milia en suma, que era la primera escuela en esta dura « disciplina de las almas ».

De este modo, agrega: « . . . una parte del esfuerzo ne-

« cesario para la conservación del orden moral y político « podía realizarse por los padres (dado el enorme poder « que tenían), en esos reinos minúsculos (la familia), más « fácilmente que por los magistrados en el Estado... »

« Desde el nacimiento hasta la muerte se acechaba sin « tregua al hombre, y cuando el padre había desaparecido, « el hijo se trocaba en gobernador absoluto de su familia, « y encontraba en el foro, en los comicios, en el Senado, « la vigilancia severa de los censores, prestos a borrarlo « de la lista de senadores si su vida no era honrada; del « pueblo, que no le hubiese electo para las magistratu- « ras; de cada ciudadano aislado, que podía acusarlo.

« Gracias a esta disciplina de las altas clases, Roma « pudo vencer en la empresa que costó el fracaso a los « etruscos, y elevarse paulatinamente sobre las demás « repúblicas de Italia . . . ».

Si el primitivo estado Romano, necesitaba para triunfar de sus enemigos y progresar en su interior, esa férrea organización, ¿qué tiene de particular que en sus leyes se consignara la realización de esos principios en la vida de la familia, que es la base y germen de toda sociedad?

Por eso, esa patria-potestad tan absoluta, con poderes tan formidables para el jefe de la familia, fué impuesta, se puede decir, al pueblo romano y consagrada hasta cierto punto en su legislación. Era un producto lógico de la época y de sus medios de existencia. Y tan anacrónica sería hoy esa institución tal cual la consideraron los antiguos romanos y aún tan perjudicial para la economía nacional, como lo hubiera sido en aquel tiempo, si se hubieran sancionado las libertades que en ese capítulo otorgan hoy nuestras leyes civiles.

CAPÍTULO V

Causas de la decadencia del primitivo Derecho Civil Romano

EL DERECHO PRETORIANO

Al principio estaban concentradas en el *pater-familiae* todas las prerrogativas que hoy son patrimonio exclusivo de los Jueces, poder que aún antes de Justiniano y sus reformas, fué sacado a los padres para dárselo a los Magistrados, que juzgaban, quedando aquéllos con el de corrección que hoy se les otorga.

La pérdida de atributos de la patria-potestad, fué obra de las costumbres, antes que de la ley. Aquella formidable organización destinada, según muchos autores, a combatir el egoísmo personal y exigir todo para el Estado, fué cediendo posiciones cuando la fuerza de la tradición, encarnada en la pureza de costumbres, el fiero patriotismo romano, el sentimiento de sacrificio, el horror al lujo, fué combatida por las ideas orientales de lujo, de placeres, de bienestar personal y egoísta que penetraron en Roma a causa de la conquista de los reinos asiáticos.

Ya el estranjero, el *hostem,* no era el enemigo, aunque le quedaba de tal el nombre; pues las conquistas romanas impusieron imprescindibles relaciones comerciales con los demás países. El oro que afluyó por ellas, despertó en los ciudadanos ansias antes desconocidas, y con las riquezas de todos los ciudadanos, desde que el enriquecimiento era general,—fuere directo o indirecto para cada uno por esas conquistas,—los deseos de conocer otros países, los atractivos de las artes fueron fácilmente realizables y los Romanos viajaron por todo el mundo conocido, que era en su mayor parte romano, y de aquellos otros países, multitud de gente se trasladó a Roma, a vivir, a negociar, a pasear por lo menos. De ahí

que resultara una serie de hechos a los que no se podía aplicar el derecho civil, sólo para romanos; y tuvo por consiguiente éste que ampliar su esfera de acción para amoldarse al nuevo estado de cosas que aparecía, naciendo así el llamado derecho pretoriano, que es el derecho civil que rige las relaciones de aquellos extranjeros en Roma y contemplan el interés de los ciudadanos libres de los países conquistados, no ciudadanos romanos, al mezclarse con éstos. Se hizo así el derecho menos riguroso, más al alcance de todas las personas que no eran romanas, pero a la que no se podía dejar fuera de las prescripciones legales, aunque más no fuera por el egoísta motivo de favorecer a Roma o sus ciudadanos y como complemento de la conquista militar.

Esa invasión extranjera, ahora amiga, trajo a Roma sus ideas, sus dioses, que Roma asimiló, levantándoles altares en sus templos y aceptando sus doctrinas religiosas. Así, su vieja religión, ensanchada por la conquista, perdió la inmensa preponderancia que antes tenía; fueron quedando en desuso sus preceptos absolutos y por lo tanto decayendo ese derecho civil que de ella sacaba fuerza y autoridad.

Perdió así, por las causas antedichas, el primitivo derecho civil su rigurosidad y absolutismo y con él todas sus instituciones, patria - potestad, tutela, poder marital, todo, en fin, lo que antes existía, como garantía para el triunfo de Roma, y cuyo inmenso poder en esos tiempos, permitía y toleraba, junto a aquellos otros dos factores, su relajamiento sin ningún peligro para su vitalidad, inmediato por lo menos. Y sin ese formidable contrapeso el derecho natural se fué imponiendo fácilmente.

El Cristianismo con sus doctrinas de igualdad entre los hombres, que consideró al esclavo con idénticos derechos que al ciudadano romano, que hizo de la mujer la compañera del hombre y su igual, dignificándola así y dignificando por lo tanto al matrimonio y que restringiera a sus justos límites el poder del padre sobre sus hijos

contribuyó también a cambiar la legislación sobre personas del Derecho Romano. Y si es verdad que no se reconoció a la madre el derecho de la patria - potestad, ésta y la abuela pueden ser tutoras de sus hijos o nietos, se les da la guarda de sus hijos en caso de mala conducta del marido, según Ulpiano y se reconocen tanto los derechos de la madre que la primitiva legislación desconocía, que se permite a una madre la adopción, para mitigar la pena que le cause la pérdida de sus hijos, dicen las Institutas I - XI - 10.

Todas aquellas diferencias desaparecieron pues, a medida que, por las circunstancias apuntadas, la acción progresiva del derecho de gentes modificó los elementos que las constituían, es decir, el estado de las personas, la condición de las cosas y el sistema de las acciones, tanto que Justiniano al suprimirlas definitivamente, no hizo, al decir de algunos autores, más que proclamar un hecho cumplido por la marcha del tiempo.

De todo lo precedente fluye la conclusión de que si en las épocas primitivas de Roma había dos naturalezas en las personas, era por una obligada consecuencia del estado de esa nacionalidad y no una ficción exclusiva y sin razón de su derecho; pero que desaparecidas en gran parte las causas que a ello llevaban, desapareció también la dualidad tan criticada para dar lugar a disposiciones, que en lo fundamental aún existen y existían antes, por lo que no cabe en resumidas cuentas, así lo creo, el reproche que he intentado levantar.

CAPÍTULO VI

El nuevo derecho de la familia

LA INFLUENCIA DE LAS COSTUMBRES

En el curso de esta digresión, algo extensa, pero que servirá para futuros capítulos, pues hemos tratado de

establecer el porqué del cambio efectuado en la legislación Romana, vimos la procedencia de la patria potestad y parentesco en generalidad de líneas.

Las innovaciones en aquélla, que han consignado nuestro Código y el Francés, son producto de las nuevas corrientes de ideas filosóficas que han triunfado definitivamente mucho después de Justiniano, pero que con todo no alteran ni modifican fundamentalmente los motivos que tuvo en vista aquel Legislador para establecer sus disposiciones con respecto a ella: la protección de la familia.

La patria-potestad como la tutela, como tantos otros institutos, perdió su carácter unilateral, por el que estaban de un lado (del padre) todos los derechos y por el otro (del hijo) todos los deberes, sin limitaciones de ninguna clase, cuando al Estado Romano, dejó de convenirle «la unidad de existencia y de autoridad, dice Gi-
« rard, que la antigua patria-potestad implicaba en las
« familias y que puede convenir a un estado pequeño y
« pobre, a una población respetuosa de sus tradiciones,
« desprovista de espíritu crítico y de empresa».

Cuando Roma dejó de ser ese estado pequeño, lo repito, cambió su modo de vida y cambiaron sus instituciones y así poco a poco se cambió el carácter de la patria potestad, pues los derechos del padre fueron limitados por los reconocidos al hijo tanto en su persona como en sus bienes y es en los últimos tiempos una combinación de derechos y deberes recíprocos, como lo demuestra, entre otros casos, el derecho dado al hijo de reclamar alimentos de su padre y el de quejarse de los procederes de éste ante el Magistrado.

En último término, la patria-potestad, establecida al principio en beneficio exclusivo del padre, evolucionó de tal modo que quedó establecida en beneficio de los hijos, de los tutelados por ese derecho.

Ese carácter, esa idea dominante en ella, el interés de los hijos, ha pasado a nuestras legislaciones como idea

madre también, aunque con variaciones que no contradicen, ni alteran el principio romano adoptado en última instancia.

Respecto al parentesco de nuestros Códigos, es idéntico al que consagró Justiniano. El único vínculo que reconoce la ley para la unión de los miembros de la familia es la sangre.

Sólo nos ha quedado, dice Marcadé y ello es aplicable a nosotros, « algo que reproduce una imagen perfecta de « la agnación o parentesco civil de los Romanos: es la « trasmisión del apellido. Un padre da su apellido a to- « dos sus hijos, varones y mujeres, a todos los hijos de « sus hijos y así de varón en varón, pero nunca a los « hijos de sus hijas.

« La ley romana dijo de los hijos: Patris, non matris « familiam sequunttur; nosotros podemos decir, termina: « Patris, non matris nomen sequuntur. Todas aquellas « personas que entre nosotros llevan el mismo apellido, « serían en Roma agnados ».

CAPÍTULO VII

Carácter del matrimonio romano

Lo mismo sucedió con el matrimonio, como ya hemos visto. El era para los romanos una comunidad para toda la vida, aunque la realidad estaba lejos de esa definición. La personalidad jurídica de la mujer no existía, ella estaba bajo el poder del padre o del marido, su entidad desaparecía en la del Jefe de la familia, impidiendo ello la existencia de esa comunidad.

Con Justiniano es verdad ya la primitiva definición; y es uno solo el matrimonio reconocido y que produce efectos civiles.

Esta institución se transformó en el Bajo Imperio, pues tomó ahí los caracteres que hacen de ella, para la legislación civil, un contrato productor de obligaciones durables, y que puede disolverse solamente por causas determinadas.

En los primeros tiempos de Roma el matrimonio no tenía esos caracteres; pues no bastaba para su consumación la sola voluntad de los contrayentes. Era necesario además un acto exterior, demostrativo de ese consentimiento; sin que por ello quiera significar, de acuerdo con Ortolan y Labbé, que la mujer fuera objeto de una tradición, ni que el matrimonio fuera un contrato real.

Era más bien, en los primeros tiempos, un estado, una manera de vivir o como decían los Romanos *consuetudo vitae*, y en el cual la mujer alcanzaba los honores, la consideración y dignidad social de su esposo.

Labbé, comentando a Ortolan, dice: « el matrimonio « no se forma en un momento dado como un contrato; « no, supone condiciones múltiples que pueden realizarse « unas después de las otras y llegar luego a concurrir « juntas. Empieza a existir por la reunión de esas condi- « ciones, se prolonga por su permanencia; desaparece por « el cese de unas de ellas ».

Tenemos la prueba de ello en el consentimiento del *pater-familiae* para el matrimonio de su hijo. Llenado ese requisito después del matrimonio, él será *justum* desde el momento en que se dió; pero no tiene efecto retroactivo. El padre puede retirar el consentimiento; desde que lo hace deja de existir el *matrimonium justum*, y es de notarse que para todo otro acto jurídico no puede retirar su autorización o no tienen efectos jurídicos su retractatación, como para una aceptación de herencia, por ejemplo. (Antonino el Piadoso suprimió esa facultad del padre de deshacer el matrimonio retirando su consentimiento).

Hay otros argumentos para establecer que el matrimonio es un estado de hecho que exige la reunión y permanencia de ciertas condiciones. Una de las principales es

la voluntad común de los esposos de vivir como tales. Se preguntaban los antiguos si uno de los esposos se volvía loco, en qué situación quedaba el matrimonio. Si fuera un contrato, no habría porqué hacer esa pregunta, pues una vez celebrado, una vez de acuerdo los contratantes, el contrato produce su efecto a pesar de un cambio en las voluntades que han constituído las obligaciones; resulta por esta cuestión que en realidad el matrimonio no era un contrato, y la solución que se daba en este caso, de acuerdo con Ulpiano, confirma esa tesis: se consideraba que el loco mantenía su voluntad anterior y se mantenía el matrimonio en virtud de una voluntad latente; puesto que no habíala en contrario.

Considerado así el matrimonio, es claro que conducía a la facultad de repudiación y al divorcio ilimitado; y así fué. Sólo que la pureza de costumbres de los primeros tiempos impidió ese uso; pero después se abusó tanto de ambos, que Augusto tuvo que someter la repudiación y el divorcio a ciertas formalidades.

Otro argumento nos lo da los efectos del *jus postliminii*. Este hacía que con relación a los derechos, el prisionero que volvía a Roma era considerado como que nunca había estado ausente; aunque esa ficción no se extendió a *los hechos*. El padre de familia prisionero que volvía, recobraba la patria potestad de sus hijos, que era un derecho; pero no su esposa, aunque ella hubiera quedado en el domicilio conyugal; para ello era necesario que hiciera de nuevo la vida en común, *matrimonii causa*, decían, porque él era un hecho.

En el caso que los dos esposos cayeran prisioneros y hubieran continuado en la cautividad la vida en común y tenido descendencia, al volver ellos a Roma, se consideraba que su matrimonio no había sido interrumpido y el hijo, aunque concebido y habido en país enemigo, es hijo legítimo y sometido a la patria potestad del padre; pero es que en este caso hay un éstado de hecho que ha continuado y que por el *jus postliminii* adquiere los caracteres jurídicos que le faltaban.

Justiniano, entre otras modificaciones, suprimió para el matrimonio ese efecto anterior del mencionado *jus*, teniendo desde entonces el carácter que tiene en la actualidad.

En los primeros tiempos del Derecho Romano, la persistencia del matrimonio dependía del tiempo que durase el afecto, y el divorcio sin causa determinada era inherente a él (al celebrado sin las formalidades por las que la esposa queda sometida *in manu mariti*, que para muchos autores era una consecuencia del matrimonio, cuyos efectos eran diferentes de los del matrimonio en sí), es decir: que dependía enteramente de la sola voluntad de los cónyuges, y esa concepción del matrimonio, de la que tantos siglos nos separan, es la concepción que reeditan las doctrinas avancistas de nuestros tiempos, al preconizar la unión libre, la disolución del vínculo cuando desaparezca el afecto, y cese la voluntad de hacer vida en común. Y vemos así como ese *arcaico derecho* da fundamentos a las más avanzadas ideas, que se dicen nuevas y progresistas.

CAPÍTULO VIII

Sistema de Savigny sobre los derechos de la familia

Sabemos, pues, el origen romano de las disposiciones concernientes al derecho de la familia, que siguiendo a Savigny, lo he estudiado de conjunto en sus partes constitutivas: matrimonio, patria-potestad y parentesco.

Ahora bien, según este autor la férrea organización de la familia romana, que tantas críticas ha merecido a los que no llegaron al fondo de la cuestión, no era debida a la legislación romana, pues no estaba ella constituída *jurídicamente* tal como existía de hecho, es decir: que no estaban consignadas en sus textos y leyes las disposiciones que hacían a sus miembros propiedad absoluta del pater familiae. Al decir de este autor, aquel po-

der absoluto del padre no es el contenido propiamente dicho de esa relación de derecho, es *el carácter natural* del poder paterno que ejerce el padre; puesto que ninguna ley ordena al hijo la obediencia. como ninguna ley da acción al padre contra la insubordinación del hijo.

Igual cosa pasa en el matrimonio; todos los elementos que daban a esos institutos la forma indicada reposan, agrega Savigni, bajo la tutela de la moral y no bajo la protección del derecho, añadiendo luego «se ha conde-«nado injustamente el derecho de la familia romana «como una tiranía desnaturalizada. Olvidan que en nin-«gún pueblo de la antigüedad la madre de familia ha «sido más respetada que en Roma, y para los hijos, que «una obediencia servil y degradante es incompatible con «la constitución que permitía a los hijos de familia ejer-«cer todos los derechos políticos, de llegar a las más «altas magistraturas, sin que la patria-potestad, la po-«tencia paternal recibiera la menor disminución».

Dedúcese, por lo transcripto, que la criticada organización de la familia romana no residía en la ley, sino que era obra de las costumbres y por lo tanto el derecho no intervenía para nada en ella; — pudiéndose por lo mismo, de acuerdo con la tesis de Savigny que he resumido, decir que en este caso particular la costumbre fué combatida por la ley, que impuso en definitiva sus normas.

CAPÍTULO IX

Capacidad e incapacidad

LA MAYORÍA DE EDAD. EMANCIPACIÓN Y HABILITACIÓN DE EDAD

Nada he dicho ni diré, por tener sólo un valor histórico, de los impedimentos que para la celebración del matrimonio consignaron, primero la ley de las XII Ta-

blas, derogadas por la ley «Canuleya» y después las leyes Julia de maritandibus ordinis y la Pappia Poppea, así como el célebre senado-consulto del tiempo de Marco Aurelio; impedimentos que fueron derogados por Justiniano; y los pocos que perduraron aún en tiempos posteriores, desaparecieron de los códigos modernos, sobre todo después de la Revolución Francesa al desaparecer los privilegios de castas.

Me ocuparé ahora por su interés e importancia de la cuestión de la mayoría de edad o sea la capacidad de hecho.

Antes de entrar a nuestro Código veamos el sistema del Derecho Romano.

En sus primeros tiempos cuando regían en todo su vigor las leyes de las XII Tablas sólo había cuestión de capacidad para los varones sui-juris (los sujetos a patria potestad — alieni juris — eran incapaces durante toda la vida del padre, cualquiera que fuera la edad que tuvieran y esto fué siempre así en todas las etapas de ese derecho); pues las mujeres sui-juris eran consideradas siempre incapaces, primero por la edad y después por el sexo.

En cuanto los varones llegaban a la pubertad eran considerados capaces de todos los derechos y obligaciones. No expresan los textos si esa capacidad tan precoz producía inconvenientes; y tal vez no los habría, se dice, debido al modo de constatar la pubertad por medio de un examen físico, que podía hacer demorar esa declaración y por otra parte, la más fundamental, a las sencillas y puras costumbres de los antiguos.

Es recién a mediados del siglo VI de la era de Roma que parece haberse notado algunos inconvenientes procedentes de tan temprana capacidad, y así por la ley Plaetoria se trató de remediarlos. Se encuentra en ella la primera mención de otra edad para la plena capaci-

dad, que se establecía a los 25 años, pero sin que antes de llegar a ella se transformara esa capacidad en incapacidad. Lo único que se establecía eran medios, que se daban al menor de 25 años para que no fuera engañado en sus transacciones, o a los terceros que con él contrataban, para evitar las penas que se consignaban en esa ley si lo hacían fuera de sus disposiciones, y garantirse así de futuros riesgos. Este medio era, en general, el nombramiento de un curador, para un acto determinado.

Los pretores, después de la ley Aebutia (que cambió la forma del procedimiento en los juicios) dieron otros medios para proteger a los menores de 25 años, pero reconociendo siempre su capacidad, y se sancionó así la *restitutio in integrum.*

Bajo el imperio de esa disposición los que contrataban con los menores o éstos para evitar el estancamiento de sus riquezas, se hacían nombrar un curador, lo que no daba sino una garantía de hecho, que no excluía del todo la posibilidad de la *restitutio in integrum.*

Por último el derecho imperial reformó el sistema descripto y estableció la curatela permanente y obligatoria para los menores de 25 años, que era antes voluntaria y especial. De este principio se sacó finalmente, en tiempo de Diocleciano, una última consecuencia, y es que siendo los curadores los que administraban los bienes de los menores, su capacidad civil no tenía razón de ser y fueron declarados incapaces, de modo que el *consensus* del curador llena la falta de capacidad del menor, como la *autoritas* del tutor la de su pupilo.

Así, pues, la incapacidad de hecho no cesa como antes con el desarrollo genésico sino con el desarrollo cerebral, que los romanos lo consideraban alcanzado a los 25 años, sin que se nos haya dicho el porqué.

Los intérpretes dicen que se reconoció que hasta los 25 años la imprudencia de la edad es tal, que los terceros pueden abusar de ella en su provecho.

El sistema de la fuerza física para graduar la capaci-

dad o incapacidad volvió a ponerse en vigor por las instituciones feudales, que declararon la capacidad a los 20 años para los nobles, a causa de que a esa edad podían tomar las armas, y ello era considerado el signo de la plena capacidad para todo derecho y por ende, obligación.

Posteriormente, en el siglo XVII se adoptó en Francia el sistema del Derecho Romano, declarándose la mayoría de edad a los 25 años cumplidos, pero con excepciones curiosas, como por ejemplo las personas nacidas en Normandía eran consideradas mayores a los 20 años cumplidos.

La Revolución, por una ley del año 1782 decretó la mayoría a los 21 años cumplidos, siendo esa edad la que fué aceptada por el Código Napoleón.

También ese límite fué adoptado por nuestros codificadores para establecer la incapacidad y el discernimiento de la capacidad, de acuerdo, no sólo por las razones dadas al discutirse el Código Civil Francés, basadas en que la madurez del espíritu por la educación que se daba y la manera de vivir en esa época, evitaba la fogosidad e inexperiencia propias de la juventud, sino que otra razón se aduce por la Comisión de Codificación, que haciendo justicia en este caso concreto, dice que el doctor Acevedo es el autor de esa innovación, y es que en esa forma se hacía coincidir la mayoría política con la civil.

Guillot, comentando esa declaración, dice que ella es un error de la Comisión, pues «... según el artículo 11 « de la Constitución, la ciudadanía se adquiere a los 20 « años ».

El doctor Acevedo, autor de ese límite para la incapacidad, dice en nota número 7 al artículo 354, inciso 2.o: « Por derecho español la edad sólo no emancipa, pero la « costumbre ha establecido que a los 25 años cumplidos « se acabe la patria potestad... Si, según el artículo cons- « titucional, se ejercen los derechos políticos a los *21 años*, « no hay razón, para que no puedan ejercerse los civiles... ».

Si el autor de esa disposición y la Comisión Codificadora han dado la misma explicación, no se puede presumir una equivocación como dice Guillot, sino tal vez, ella proviene de una diferente manera de interpretar la frase de la Constitución y las del proyecto Acevedo.

Al estudiar detalladamente la incapacidad de hecho de los menores, no hay que ir a buscar los orígenes romanos en sus disposiciones sobre *menores*, sino sobre *los pupilos*, pues si es verdad que en nuestro derecho y en los Códigos modernos en general, se confunden los estados indicados, no era así en Roma, pues eran períodos que se sucedían y diferentes ambos. Primero, en la vida de la persona, estaba el estado de pupilo, verdadera incapacidad de edad, y cuando el pupilo llegaba a la pubertad, venía el estado de menor, que recién después de la ley Plaetoria y desde Diocleciano en adelante, se les consideraba, en cierto modo como ya vimos, incapaces.

En cuanto a la incapacidad basada en el sexo, que era consagrada por la ley de las XII Tablas, la que se presume que en los primeros tiempos era idéntica a la de los impúberes, fué poco a poco considerada como una institución arbitraria y que como tal fué desapareciendo del derecho, primero, en los principios del Imperio por medio del *jus liberorum*, en virtud del cual las mujeres ingenuas que hubieran tenido tres hijos y las libertas que hubieran tenido cuatro, estaban exentas de la tutela y adquirían por consiguiente plena capacidad, —y desapareció completamente desde que Teodosio y Honorio concedieron el *jus liberorum* a todas las mujeres del Imperio, aunque se discute si esa incapacidad existía en tiempo de los nombrados, pues no hay pruebas de su existencia posteriores a la mitad del siglo IV, siendo el último documento conocido que a ella se refiera una constitución de Diocleciano del año 293 o 294, aunque para otros estaba en vigor el año 350 por lo menos, según un proceso alejandrino de esa fecha.

La incapacidad o la tutela de la mujer, establecida al

principio en interés de sus agnados, sus tutores, como toda tutela, como la patria potestad y otras potencias familiares, sobrevivió, como lo hemos visto, cuando las nuevas ideas de protección a los tutelados por esos derechos se hizo carne en la legislación romana, cambiando lo que había en éstas de *potestas* (poder) en *munera* (carga) y al perdurar, no evolucionó como las otras tutelas, conservando por tal motivo ciertos caracteres eliminados de la de ios impúberes, hasta que desapareció de las costumbres primero y de la legislación después, quedando en definitiva equiparados los dos sexos con respecto al término de la incapacidad, como en nuestro derecho civil.

Sin embargo tenemos en nuestro derecho una forma moderna de la incapacidad de la mujer, pero no como tal sino como esposa. Esa incapacidad es una consecuencia necesaria de la autoridad marital, de la necesidad de dar un jefe al hogar; pero la capacidad de la esposa puede ser ampliada, dentro de cierto grado, por las convenciones matrimoniales.

No es únicamente por llegar a la edad establecida que se adquiere la plena capacidad.

En Roma, los emperadores, se cree que Severo y Caracalla, crearon para permitir a los menores salir de la incapacidad antes de los 25 años, la *venia aetatis,* que fué reglamentada definitivamente por Constantino. Por ella el menor, tuviera o no curador, que demostrase que podía administrar bien sus bienes, era considerado civilmente capaz si tenía 20 años si era hombre y 18 siendo mujer, aunque se le prohibían ciertos actos, como las donaciones y las enajenaciones que no permitía la *oratio Severi,* esto es, la de los predios rústicos, disposición que se extendió por Constantino a los *predia urbana* y muebles preciosos.

Otro de los medios que en el Derecho Romano daba la plena capacidad era la emancipación. Por ella el hijo, a cualquier edad, que había sido vendido tres veces o

una vez los otros descendientes (en el antiguo derecho) eran considerados sui-juris *(emancipatio fiduciaria);* pero perdía por completo su familia, pues había sufrido una *capitis diminutio*, aunque mínima, y ella hacía romper los lazos de la agnación, perdiendo además y por consiguiente todos los derechos sucesorios y los bienes que hubiese adquirido antes de la emancipación, que eran de su padre exclusivamente.

Más adelante se mejoró esa situación, porque se le concedieron ciertos bienes, los peculios, y luego derechos a la sucesión de sus padres y por último quedó también en la familia, cuando desapareció la agnación como único vínculo de unión, modificándose también las formas de la emancipación, la que por una constitución de Anastasio se hacía por un rescripto pedido y obtenido del Emperador (emancipatio Anastasiana). Cuando se hacía la emancipación por rescripto del príncipe, podía obtenerse de él que ella no rompiera los vínculos de la agnación, y entonces como una excepción a la regla general de ese tiempo, el emancipado seguía considerado miembro de la familia de sus padres emancipadores.

Por último y en definitiva Justiniano modificó la emancipación, estableciendo que bastaba una declaración ante los Jueces o magistrados (emancipatio Justinianea).

Y lo que era al principio una pena para los hijos, según algunos autores, se transformó en los últimos períodos del Derecho Romano, en una ventaja para el emancipado, tanto que desde la época de Constantino ella puede ser, como la manumisión (una ventaja para el esclavo) revocada por causa de ingratitud.

Había además otra emancipación, cuyos curiosos motivos nos lo da Justiniano al decir en sus Institutas, Libro I, título 12.º, parágrafo 4, lo siguiente: « ... según nuestra « constitución la elevada dignidad de patricio, inmediata- « mente después que sean expedidas las patentes impe- « riales, liberta al hijo de la potestad de su padre. ¿Podría « admitirse que por medio de la emancipación pudiese

« un padre desprender a un hijo de los vínculos de su « potestad, mientras que la posición sublime del empera- « dor no es bastante pnra arrancar de una potestad « extraña al que él eligió por padre? ».

Entre los emancipados y los otros sui-juris no había diferencia alguna en cuanto a la aplicación de las reglas de derecho que ya hemos visto, siendo el padre el obligado tutor del hijo que emancipaba.

El sistema francés es idéntico al Romano, y acepta la revocación, que no admite nuestro Código, pero no por causa de ingratitud, sino por falta de idoneidad para administrar los bienes. Los fundamentos de nuestro Código, para no aceptar la revocación son según Guillot, porque así los padres meditarán mucho sobre las condiciones del hijo antes de otorgar un acto de tanta importancia.

Para nuestra emancipación, — que no hay que confundirla con la habilitación de edad, como la confunde el Código francés, pues la primera la efectúan los padres, y la segunda se da a los huérfanos de padre y madre, y que se asemeja a la *venia aetatis*,— se exige que el hijo sea mayor de 18 años, igual que para la habilitación de edad y como en la emancipación por el matrimonio, dan nada más que cierta capacidad al menor. Esas restricciones están basadas en idénticos motivos que las que se imponían a aquellos a quienes se acordaba la *venia aetatis*.

Difieren nuestro sistema y el francés del Derecho Romano en la emancipación por el matrimonio, que no era aceptada por éste, quedando el hijo casado sometido como cuando era soltero a la patria potestad.

Nuestro Código, siguiendo las normas romanas y en contra de las disposiciones del Código Civil francés, no ha aceptado, ni para el menor emancipado (más bien, habilitado de edad por nuestra terminología, dado que eso sucede cuando no tiene padre ni madre), ni para el menor bajo tutela *el consejo de familia*. Como el Derecho Romano, se ha limitado dar en sus textos legales las nor-

mas generales, que deberán ser aplicadas por los Magistrados en el caso ocurrente, considerándose aquí como allí que esas disposiciones son más bien de orden público que de orden familiar; y no porque no conocieran en Roma esa institución, pues sabemos que ella funcionaba como tribunal penal, en los primeros tiempos del derecho, para juzgar a los miembros de una familia acusados de la comisión de un delito, y después para autorizar el matrimonio de una hija sui-juris; elección de persona que educará al impuber en tutela, etc.

CAPÍTULO X

La situación legal de los hijos naturales con respecto a sus padres en el Derecho Romano

En vista de las corrientes modernas sobre protección a los hijos naturales y las facultades hoy en día reconocidas a ellos para la investigación de sus padres, creo conveniente examinar los antecedentes romanos de esa nueva situación legal.

En los primeros tiempos del Derecho Romano, cuando la familia era esencialmente « un grupo religioso y político », y el único parentesco reconocido era la agnación, no había cuestión de paternidad legítima y paternidad natural. Esta distinción carecía entonces de sentido; pues no había en Roma más que *pater-familiaes* y el hijo ilegítimo es desconocido. No era necesario haber nacido del *pater* para formar parte de la familia y a la vez ello no era suficiente: era necesario y bastaba estar bajo su autoridad: fuera de su potestad no había vínculo ninguno, desde que el parentesco natural (el por los lazos de la sangre) era desconocido para la ley, por que la paternidad sola no engendraba ningún efecto de derecho por cierta y conocida que fuese. El hijo podía perfectamente constatar en justicia su filiación, pero sin resultados legales, desde que la paternidad era impotente para establecer el

parentesco: éste no resultaba sino de la *patria potestas*, que ya sabemos como se obtenía y ambas, parentesco y paternidad eran dos ideas independientes.

La suerte del hijo natural dependía únicamente de la voluntad, del capricho del padre. Podía éste dejarlo perecer en la más cruel de las miserias, como elevarlo a las más altas dignidades. El padre, en resumen, podía todo, pero no estaba obligado a nada.

Aparece luego otra noción del parentesco, que se desarrolla junto a la anterior y que es consagrada en definitiva como único vínculo: la cognación o parentesco natural basado en la comunidad de origen.

En este segundo período la situación de los hijos naturales es otra.

Con respecto a su madre, que en el período anterior le era extraña, en este otro su situación se modifica, siendo de notar que no se distingue entre hijos legítimos e ilegítimos, por estar todos unidos por el mismo lazo físico que es la base de la filiación maternal y que ha sido siempre la misma: la concepción.

Los hijos naturales y los legítimos son igualmente considerados con relación a su madre; pues todos los derechos y las obligaciones que les fueron reconocidos por la doctrina, el pretor, los senados consultos y las constituciones imperiales no hacían distinción entre ellos.

Los hijos de la mujer casada no están unidos con ella por los lazos del parentesco civil, sino por los del parentesco natural, sus relaciones jurídicas no resultan de que la madre es la mujer del marido, sino de que ella es la cognada de sus hijos; por consiguiente ellas se establecen de una manera tan completa cuando la madre es casada como cuando no lo es.

Para dar una idea más clara de la situación de los hijos naturales en Roma, transcribiré el siguiente párrafo de Gide: « ... con respecto de su padre, el hijo « natural no tiene ningún derecho y no difiere en nada « de un extraño; respecto de su madre el hijo natural

« tiene todos los derechos y no difiere en nada de un « hijo legítimo ».

La prueba de la maternidad puede hacerse por todos los medios del derecho: posesión de estado, confesión de la parte, declaraciones de testigos, según el Digesto; pero ello es porque el hecho del nacimiento no tiene nada de misterioso ni de incierto.

De este hecho natural emanan necesariamente, lógicamente las consecuencias indicadas, que el hijo está siempre unido a su madre, porque su filiación con respecto a ella es cierta y afirmada por el parto; y al contrario, no está unido a su padre, mientras que éste, admitiéndole en la familia por un acto de voluntad expresa, no declare por el mismo, que reconoce como suyo a ese hijo.

En la madre, la naturaleza funda ella misma la filia ción, para el padre, un acto de voluntad es necesario.

Aunque la ley era indiferente a la situación de los hijos naturales, el padre remediaba frecuentemente ese abandono legal, adoptando a sus hijos naturales, ya que el reconocimiento voluntario era ignorado de los romanos.

Y fué tanto más usada la adopción, en esos tiempos, cuanto, como veremos en el capítulo a ella referente, fueron mayores y prepotentes los sentimientos religiosos de esas épocas. Aunque esas adopciones eran practicadas por motivo de egoísmo personal de los *patres*, no por eso aprovechaban menos los hijos, que en gran número eran adoptados por aquéllos. Se comprende así porque razones políticas, religiosas, jurídicas y sociales la cuestión de la investigación de la paternidad natural no se proponía en la Roma antigua.

Esa cuestión aparece con la incorporación de las doctrinas del cristianismo a la legislación y costumbres vigentes. Por un lado la situación del hijo natural es favorecida por el influjo de esas nuevas ideas y el desarrollo creciente de la noción del parentesco basado en los lazos de la sangre; el hijo puede reclamar alimentos de su

padre. Es ese su único derecho, que Justiniano lo lleva hasta conferírselo en la sucesión intestada de su padre, siempre que se trate de *liberi naturales*, es decir, de hijos nacidos de concubinato. En el caso en que el padre dejara esposa o hijos legítimos, los naturales sólo tenían derecho a reclamar alimentos, que serían suministrados por los herederos de aquél.

Por otro lado, con las nuevas ideas, la situación que estudiamos ha sido tratada desfavorablemente. Primeramente se les grava con ciertas incapacidades e indignidades; y es entonces que nace esa marca de infamia que llevarán durante muchos siglos. El nacimiento fuera de matrimonio se vuelve un nacimiento vergonzoso, lo que no sucedía en el estado primitivo del derecho.

Empiezan a aparecer las distinciones entre los hijos naturales: hay los *liberi naturales*, nacidos de concubinato, los *spurii* o *vulgo concepti*, nacidos de relaciones pasajeras o de una prostituta. Estos últimos tienen también una madre cierta, pero no tienen ningún derecho con respecto a su padre, ni a alimentos, no pudiendo tampoco investigar su paternidad.

También aparece en estos tiempos la distinción entre hijos naturales simples y los hijos adulterinos o incestuosos. Eran hijos completamente ignorados, tanto que una constitución de Honorio y Arcadio rompe todo lazo de parentesco entre ellos y su madre.

Así, pues, se ha diseñado la existencia jurídica del hijo natural. Este ya no es ignorado del legislador. La oposición no está ya entre el parantesco civil fundado sobre la potestad paterna y el parentesco natural, basado en la comunidad de sangre, sino entre el parentesco legítimo, proveniente del matrimonio legal y el ilegítimo, que proviene de las uniones irregulares. La filiación natural se organiza, y si en el primer estado del derecho no había más que padres legítimos y madres naturales, hay ahora, al lado de ellos, padres naturales y madres legítimas.

Con esta transformación del derecho los hijos naturales han ganado y perdido a la vez: han ganado porque su existencia jurídica será reconocida y no es un extraño para su padre; han perdido porque ciertas incapacidades, hasta entonces desconocidas (incapacidad para ser adoptado por su padre natural, entre otras), han venido a herirlo,—porque ciertas categorías de hijos naturales son privadas de todo derecho y porque en fin fueron señalados con una mancha que no podrán borrar jamás

CAPÍTULO XI

De la ausencia

¿PUEDE CONSIDERÁRSELA DE ORIGEN ROMANO?

Ninguna disposición hay en el Derecho Romano que se refiera a los ausentes, tal como lo considera nuestro Código Civil.

Esos preceptos son originales de los Códigos modernos, pues las disposiciones de la ley 14, título 14, partida 3.ª, que trata de aquellas personas « cuya muerte es dudosa « ... y dicen que en estrañas ó luengas tierras es muerto, « é gran tiempo es pasado », sólo legislan según Chacón para los casos de mera ausencia y es ella el único antecedente reconocido de nuestras disposiciones, las que, al decir de Vélez Sarsfield en sus comentarios al Código Civil Argentino, carecen de concordancia con las de otros Códigos modernos, pues las soluciones dadas en este punto son todas diferentes.

Sin embargo no sería muy difícil, que los primeros que sobre este punto hayan legislado, se inspiraran en el *jus postliminii* de los Romanos, por el cual el ciudadano que caía prisionero, cuando volvía a Roma, era considerado respecto a sus derechos que nunca había faltado de ella, pero se le consideraba fuera de la ciudad en lo referente a los hechos, al ejercicio de sus derechos

y de sus acciones, y si moría en la cautividad se le consideraba muerto el día en que fué tomado prisionero.

Se consideraba al ciudadano romano prisionero como sometido a una verdadera condición suspensiva: la condición de su vuelta.

La suspensión de sus derechos como padre, tutor, heredero, esposo hasta Justiniano, y propietario, la libertad de sus hijos que se consideraban *sui-juris* en ese interregno, la validez de su testamento, que le otorgó la ley Cornelia de Sila y que derogaba el principio general de que los que sufrían una *capitis deminutio maxima* no podían dejar testamento válido, la reintegración de sus derechos a la vuelta de su cautividad, la declaración de su muerte si no volvía o moría prisionero, que se retrotraía al día inicial de su cautiverio, el alcance mismo de esa ficción, las medidas que se adoptaban, en resumidas cuentas, en esos casos, pueden haber influído en algo en el instituto que comentamos en la primera faz de su creación.

Lo único que establecía el Derecho Romano y que tiene alguna atingencia directa con esta cuestión de la ausencia, es la duración probable de la vida de una persona que ha abandonado su domicilio y del cual no se tienen noticias.

En Derecho Romano no se proponía la cuestión en los términos generales, como en nuestro tiempo, a saber: si el ausente está vivo o muerto. Solamente se estableció una costumbre que, según Savigni, puede ser considerada como adoptada definitivamente: se presume que el ausente ha muerto si han transcurrido setenta años desde su nacimiento. Esa presunción, dice el autor citado, estaba basada en un texto de los Salmos que dice: «Nuestra vida dura setenta años». Si el ausente era ya septuagenario en la época de su desaparición la presunción de su fallecimiento comienza cinco años después.

Para Savigni la muerte se presume en el momento mismo que comienza la presunción legal. Para otros autores el ausente es considerado muerto a los setenta años,

pero la presunción se retrotrae al momento de su desaparición; según otros, en la época en que se nombra un curador para la administración de los bienes dejados; y finalmente otros establecen que la muerte no se presume cuando han transcurrido los setenta años desde el nacimiento del ausente, sino solamente cuando un acto jurídico, en un juicio iniciado al respecto, ha declarado la muerte.

CAPÍTULO XII

La adopción

LOS SISTEMAS DEL DERECHO ROMANO Y DEL NUESTRO

La adopción, destinada a crear artificialmente la patria potestad, fué muy usada en Roma, en la que existía la adopción propiamente dicha, cuando se adoptaba una persona *alieni juris,* y la adrogación, cuando el adoptado o más propiamente adrogado era un *sui juris.* Para Fustel de Coulanges (La cité antique) la causa primordial y creadora, diré, de la adopción en sus dos formas, residía en la religión. En efecto: los romanos tenían sus dioses *lares,* particulares a cada familia y que había que rendirles culto siempre, sin interrupciones. En ese culto y mezclados con sus dioses estaban los muertos de cada familia, que aprovechaban para su eterno descanso de esas ceremonias, él que se les negaba sino había *personas de su familia* que hicieran los sacrificios prescriptos por sus ritos.

Era para los romanos como una necesidad material el asegurar el descanso de sus almas y evitaban así de todos modos que sus almas pudieran vagar sin descanso, y tuvieron para asegurarse ese descanso que asegurarse *una familia.* Cuando una persona no tenía descendientes que mantuvieran el culto de sus lares, ocurría en los primeros tiempos de Roma, ante el pueblo, reunido en los

comicios curiados, exponía su situación y pedía que el pueblo, por medio de una decisión afirmativa, que era una ley, que la ciudad toda, consintiera en la perpetuación de una familia, considerando como hijo del postulante a una persona que no lo era; y permitiera que un miembro de la ciudad, que no ha tenido descendencia natural, sea después de su muerte continuado por otra, que sea como él mismo para todos, aunque no ha nacido de él.

Había, dicen los autores, otros medios de obtener una continuación de su personalidad (nombrar un heredero con la obligación de llevar el apellido del testador por ejemplo), pero ninguno era tan ventajoso como la adopción, pues el adoptado era considerado como un verdadero hijo *in potestate*, como los nacidos de matrimonio, que llevaban como ellos el nombre del padre, obligados como ellos al culto doméstico y obligados también a aceptar su herencia. Y tenemos aquí otra de las causas de la adopción, pues es sabido que era un oprobio para los Romanos que no hubiera quien recogiera su sucesión y que se vendieran a nombre del difunto sus bienes para pagar a sus acreedores; para evitar ese terror de no tener herederos que pudiesen recoger la herencia, se recurría a la adopción.

Otra de sus causas residía en la diferencia que había entre el sistema del parentesco civil y el de la comunidad de sangre, de afección, para tener bajo su potestad a los descendientes que el sistema artificial de la familia civil de los primeros tiempos de Roma lo impedía, y que eran para los varones, el nieto nacido de hijo emancipado, después de la emancipación, o a la inversa, los hijos quedados bajo la potestad del abuelo, al emancipar éste al padre de aquéllos, todos los descendientes de sus hijas y los hijos nacidos fuera de matrimonio.

También fué usada la adopción en Roma para alcanzar ciertos resultados de orden político, para hacer adquirir la ciudadanía a los Latinos, para transformar los

plebeyos en patricios, o aun los patricios en plebeyos, y por último bajo el Imperio para asegurar la sucesión al trono, como por ejemplo la adopción de Tiberio por Augusto y la de Nerón por Claudio.

Para algunos autores existió lo que se llamó adopción testamentaria, como la de Octavio por Julio César; modo de adopción que había que ratificarla por un plebiscito para que tuviera efectos, los que diferían de la verdadera adopción, pues no daba la patria potestad, desde que el adoptante había muerto. Daba únicamente derechos sucesorios como si aquélla hubiese existido, siendo según otros autores idénticas ambas adopciones en sus efectos, por reputarse la adopción hecha en vida del padre adoptante.

Para estudiar los antecedentes romanos de nuestra adopción, que no distingue entre adopción propiamente dicha y adrogación, comprendiendo las dos en las mismas disposiciones, no hay que confundir el sistema de la adopción que rigió antes de Justiniano con la adopción Justinianea, que son completamente distintas.

En la adopción anti-Justinianea y en su primer período, cuando regía la agnación en pleno vigor, el adoptado cesaba por completo de pertenecer a su familia natural, se volvía un extraño para ella y se le consideraba pertenecer a la familia del adoptante, como si de él hubiera nacido.

No se requería el consentimiento del adoptado, sino el de su padre y el del adoptante. Solamente y eso por causas extrañas a la adopción, se exigía el consentimiento de un hijo cuando se quería adoptar a otro como hijo de él, porque «no podía darse a nadie un heredero contra su voluntad», decían las leyes romanas.

Fué, verosimilmente, al principio la adopción una institución de derecho público, y que no podía hacerse fuera de Roma, por la intervención de las curias en ella, que sólo en esa ciudad se reunían. Cada adopción era materia de una ley, como lo era la manumisión y el testamento,

con los que tenía analogía la adopción, notablemente con este último, al decir de Ortolan, que agrega que en estos primeros tiempos no había reglas de derecho precisas para este instituto; las curias, soberanas, decidían.

Siendo cada vez más difícil la reunión de los comicios curiados, la intervención de la ciudad se hizo menos directa y por consiguiente las reglas de derecho empezaron a precisarse y a formularse; ya es ante los delegados, los representantes de las curias romanas, ante quien había que acudir para una adopción, se utilizaron entonces esos medios indirectos y ficciones tan en boga en el Derecho Romano en sus primeros períodos, y se llegó así a prescindir del concurso del pueblo, ganando terreno por lo tanto el derecho privado sobre el público, hasta que fué la adopción una institución de derecho privado, como lo es en nuestro Código.

Justiniano modificó profundamente las disposiciones referentes a esta institución, que ya había perdido el interés fundamental que el paganismo le prestaba.

Con Justiniano ella no rompía los lazos que unían al adoptado con su familia de origen. La patria potestad no pasaba al adoptante (*adoptio minus plena*) sino en casos excepcionales (*adoptio plena*), y esa trasmisión se operaba cuando el adoptante era el abuelo materno del adoptado o si éste «ha nacido de un hijo emancipado (y se « daba en adopción) a su abuelo paterno, o aún a su bis- « abuelo paterno o materno, entonces como en la misma « persona se reunen los derechos que dan la naturaleza « y la adopción, dejamos al padre adoptivo todos sus de- « rechos, fundados en un lazo natural, y legalmente esta- « blecidos por la adopción, de manera que el hijo estará « bajo su potestad y en su familia», dicen las Institutas, Libro I, título XI, parágrafo 2.

Las adopciones hechas por otras personas sólo daban al adoptado un derecho a la sucesión intestada de su padre adoptante, quien podía testar como quisiera; y el padre natural conservaba todos sus derechos con respecto a los hijos que daba en adopción.

Justiniano exigió para la validez de la adopción que el adoptado no se opusiera a ella, que no hiciera por lo menos manifestación en contrario, de lo cual se deduce que se podía dar en adopción, en su tiempo, a los *infantes*, es decir, a los que aún no hablaban.

Todas las modificaciones que efectuó Justiniano tuvieron por objeto el evitar que el adoptado fuera despojado de la herencia de sus padres, al separarlos de sus familias, y que perdiera también la herencia del adoptante, desde que si éste lo emancipaba perdía también esa nueva familia que la adopción le había dado, pues al ser emancipado sufría una *capitis deminutio minima* y ella rompía los lazos de la agnación que lo unían a la familia del adoptante.

Antes de Justiniano, dicen los intérpretes, había un solo caso de excepción a esta pérdida de los derechos sucesorios de sus familias natural y de adopción. Según un senado consulto Aficianum, derogado por Justiniano, y que otros llaman Sabinianum, cuando un padre que tenía tres hijos, daba uno de ellos en adopción, guardaba éste a pesar de la emancipación un derecho a la cuarta parte de los bienes del padre adoptivo y emancipador (cuarta Afiniana), por motivos que no son conocidos, presumiéndose que sea como indemnización por los derechos sucesorios que la adopción le ha hecho perder con relación a sus dos hermanos.

Esa pérdida de los derechos sucesorios fué apreciada por los pretores, que trataron de remediarla, pero sólo en parte consiguieron aminorar ese inconveniente, siendo Justiniano en definitiva quien puso término a esas anomalías perjudiciales para los adoptados.

En su tiempo se permitió también a las mujeres la adopción (de la que el antiguo derecho las excluía) por los motivos que expresan las Institutas, en el parágrafo 10 del Libro y Título citados, al decir: « Las mujeres tampoco pueden adoptar, pues ellas mismas no tienen sus « hijos naturales (quiere significarse los concebidos por

« ellas) en su poder, pero la benevolencia imperial puede « darles permiso para ello, como una mitigación por la « pérdida de sus propios hijos ». Esa adopción establece entre la madre y el hijo adoptivos lazos idénticos a los que existen entre la madre y sus propios hijos.

No se permitía la adopción, ficción de la realidad, a los que no podían engendrar hijos por causa indudable, como los castrados; pero los impotentes podían adoptar, pues decía Teófilo « a menudo se ve desaparecer el vicio « que produce la impotencia ».

Es rara esa interpretación, porque en su origen y fin primordial la adopción sirvió para dar legalmente hijos a quien naturalmente no los podían tener, ni los habían tenido tampoco.

Para la adrogación eran más severas las disposiciones legales; pues ella era más grave que la adopción propiamente dicha. Si el adrogado tenía hijos y bienes, pasaban al poder del adrogante en virtud de que si hubiera sido en realidad su hijo, no tendría tales bienes de su propiedad, ni tales hijos bajo su potestad.

Por eso el contralor de la autoridad pública fué siempre mayor en la adrogación que en la adopción. En aquélla se exigía una investigación previa para comprobar las ventajas que para el adrogado podría importar su adrogación.

Justiniano, que cambió por completo los fundamentos de la adopción, encontró tan eficaz la protección a los adrogados, que en realidad no modificó sus reglas.

Nuestro Código no distingue entre adrogación y adopción, hace de las dos un solo instituto y limita la ficción de la naturaleza al padre y al hijo de adopción, considerando que se adopta como hijo solo e irrevocablemente.

Las condiciones previas de nuestra adopción, son semejantes a las de la adopción Justinianea. Como en ella se exige que el adoptado tenga menos que el adoptante la *pubertad plena*, es decir, 18 años y el límite de edad en que es permitida se fija en 45 años, que para Roma era

de 60 en la adrogación según Ortolan, no fijándose edad mínima para la adopción.

Las modificaciones de nuestra ley tienden a reforzar los rasgos dominantes de las innovaciones de Justiniano sin desconocerlas, con referencia a los derechos de su familia natural, tanto morales como materiales y considerando siempre únicamente en cuanto a las relaciones del adoptado con la familia del adoptante y con este mismo, los únicos vínculos que reconoce la ley: los de la sangre.

CAPÍTULO XIII

La capacidad de hecho

LA TUTELA EN NUESTRO DERECHO Y EN EL ROMANO

« Toda relación de derecho, dice Savigni, consiste en « una relación de persona a persona. El primer elemento « de *esa relación* que tenemos que estudiar es la natura- « leza de las personas cuyas correspondencias recíprocas « son susceptibles de crear esa relación ».

Al tratar esta « naturaleza » hay que distinguir entre *la capacidad de derecho* o sea la posesión posible de los derechos y *la capacidad de obrar* o sea su adquisición posible.

La idea primitiva de persona o sujeto de derecho se confunde con la idea del hombre, y la identidad primitiva, agrega Savigni, de estas dos ideas puede formularse en estos términos: « Cada individuo y el individuo sola- « mente, tiene la capacidad de derecho ».

Pero el derecho positivo puede, y así lo hace, modificar doblemente esa idea primitiva de persona, restringirla o extenderla. Puede, en efecto, rehusar a ciertos individuos la capacidad de derecho en todo o en parte; puede además transportar la capacidad de derecho fuera del individuo y crear artificialmente una persona jurídica.

El Derecho Romano contenía muchas restricciones a esa capacidad natural, innata en todos los hombres; existiendo tres grados en esa disminución: la privación de la libertad, la privación del derecho de ciudad, y la dependencia en el seno de la familia.

Había por lo tanto, entre los Romanos tres clases de distintos hombres:

1.º *Liberi* (libres) que se subdividian en ingenuos y libertos, — y *servi* (esclavos).

2.º *Cives* (ciudadanos). *Latini* (latinos) y *peregrini* (extranjeros).

y 3.º *Sui-juris* (que no dependían de nadie) y *alieni-juris* (que dependían de otro).

Aunque esas tres clases, esos diferentes grados de capacidad, no pueden compararse unos con otros, por ocupar cada uno de ellos un lugar aparte, hay que observar, de acuerdo con Savigni, que la capacidad reconocida o denegada a una persona entra únicamente en la esfera de acción del *jus civile* y es extraña en los dominios del *jus gentium*, que las desconoce.

Sólo nos toca ocuparnos en este punto de cierta categoría de personas que entran en el grado o clase mencionada: los *sui juris*.

Todos los hombres, decían los Romanos, *son sui-juris o alieni-juris*, definición que puede traducirse por las palabras de independencia y de dependencia, al decir de Savigni.

Los *sui juris*, eran pues los únicos a quienes jurídicamente se les reconocía no sólo aquella plena capacidad de derecho, sino también la capacidad de obrar.

INCAPACIDAD DE HECHO

Pero, como bien dice Girard, una persona, aunque sea capaz de derechos, puede ser considerada como no teniendo de hecho la aptitud para ejercer por sí misma los derechos que la ley le reconoce; como siendo puesta, por

la naturaleza misma en la imposibilidad de manejarse y de administrar su patrimonio.

La capacidad de hecho, agrega, supone una persona que tiene una voluntad susceptible de comprender las consecuencias y el alcance de sus actos. Carecen de ella totalmente los que no tienen voluntad; los que les falta por entero la inteligencia; parcialmente, aquellos que, teniendo una inteligencia y una voluntad, no pueden darse cuenta de las consecuencias y alcances de sus actos. La determinación de esas incapacidades naturales, puede ser, según las concepciones corrientes, hecha de una manera diferente en medios jurídicos diversos.

En Roma la incapacidad de hecho resulta: 1.º por la fuerza misma de las cosas, de la alteración de las facultades mentales, de la locura; 2.º por una necesidad igual, de la edad, que desde el nacimiento hasta cierto punto del desarrollo, implica una ineptitud para la actividad jurídica, cuyos términos y grados pueden por otra parte variar: incapacidad de los impúberes, graduada según que sean *infantes, infantiae proximi* o *pubertati proximi* y más tarde incapacidad del menor de 25 años; 3.º en virtud de una noción ya más artificial, pero que se encuentra en derecho moderno, de la prodigalidad reconocida; incapacidad del pródigo interdicto; y 4.º en fin, de una noción más artificial todavía, que según Girard no es del todo propia de la antigua Roma, del sexo: incapacidad de las mujeres.

Todas esas personas, en vista de su incapacidad, se encuentran en tal estado que tienen necesidad de un protector, de una persona que supla su falta de actividad, y son las leyes las que deben proveer a su defensa.

Veamos, según Ortolan, en qué forma las leyes Romanas han acudido en protección de los incapaces, dándoles ese protector.

Como las personas *alieni-juris* eran propiedad del Jefe de familia a quienes estaban sometidos, era ese Jefe de familia, su propietario, quien las dirigía y las defendía;

de manera que por incapaces que fueran aquellas personas, encontraban en el poder al que obedecían la protección que les era necesaria, por lo que la ley no tenía que ocuparse de una manera especial de su defensa.

Pero había también los *sui-juris*, dueños de sí mismos, de sus bienes, que tenían indiscutiblemente necesidad de que la ley cuidase de sus intereses cuando ellos eran incapaces de cuidarlos por sí mismos. Y fué lo que se hizo, colocándolos según los casos en tutela o curatela. Esas instituciones estaban inspiradas en la naturaleza misma de las cosas, dice Ortolan, y comunes generalmente a todos los pueblos, en opinión de Gayo, y la ley romana, agrega aquél, se apoderó de ellas, las revistió de su carácter particular y las colocó en el derecho propio de los ciudadanos.

Esas instituciones, la tutela y la curatela romanas, que tienen análogos fundamentos, aunque se desconozca por algunos esa unidad de concepción, fueron en los primeros tiempos una institución familiar, es decir, que se tomó en vista al establecerlas el interés de la familia al que pertenece el sujeto de ese derecho, y remontan por sus orígenes a los tiempos más remotos del derecho Romano,—y desde ese tiempo hasta Justiniano han efectuado una evolución simétrica, hasta cierto punto paralela a la de patria-potestad y otras potencias familiares, para transformarse de institución familiar en de interés público.

Empezaron la tutela y la curatela por ser organizadas sobre el tipo unilateral de todas las potencias romanas, como vimos al tratar de la patria potestad, bajo la forma de derechos puros y simples reconocidos sin contrapeso a los tutores y curadores en su propio interés y se han vuelto las dos, cargas que son impuestas en interés de los incapaces. Tanto, agrega Girard, que aquellas tutelas que no podían acomodarse al nuevo estado de cosas o al nuevo punto de vista, la tutela perpetua de las mujeres, han acabado por desaparecer; y se han trans-

formado, pues, las que quedaron, de *postestates* en *munera* (cargas), o si se les quiere seguir considerando como un poder, sería, al decir de Labbé, un poder de protección.

Tal es así, que fueron consideradas primeramente potencias unilaterales, que vemos en la definición de la tutela el nombre de *potestas*, que se le ha dado todavía al fin de la República, y el mismo nombre dado a la curatela por la Ley de las XII Tablas, en el de *manus* dado a la tutela de las mujeres por Tito Livio y también en que la ley no se ocupaba de dar tutores o curadores a los incapaces que nó tenían herederos legítimos; en que durante mucho más tiempo todavía los tutores no estaban obligados a administrar y eran responsables sólo si administraban mal, pero no si no administraban; y agrega Girard citando a Aulo Gello, que los deberes puramente morales de los cuales el tutor estaba obligado hacia el pupilo no son la contradicción, sinó la confirmación de esta idea.

La prueba de que terminaron siendo cargas las encuentra el autor citado, en que el Digesto y las Institutas las enumeran entre las *munera personalia;* que Justiniano habla de la *onus tutelae* (carga de la tutela) y por último, que es considerada la tutela como establecida en interés del pupilo lo ve en la siguiente frase de la definición de la tutela de Servio Sulpicio: «ad tuendum qui se defen- «derit nequit» (para proteger a quien no puede defenderse).

TUTELA DE LAS MUJERES

Pasaré ahora a ocuparme en particular de cada uno de estos institutos.

La tutela de las mujeres, era, en los primeros tiempos del Derecho Romano, consecuencia de la incapacidad producida por el sexo. Era una incapacidad artificial, lo repito, inventada no en el propio interés de las mujeres, sino en el interés exclusivo de sus agnados o patronos,

a fin de permitirles prevenir en la mayor parte de los casos la pérdida o disminución de la sucesión ab-intestado, que debía volverles algún día, según lo establece Savigni, siguiendo a Gayo.

Como lo he expuesto antes, en este capítulo y al tratar de la mayoría de edad, esa institución fué cayendo en desuso primero y luego en ciertos casos no aplicada, hasta que Justiniano la suprimió, sancionando así legalmente un estado de hecho.

Desapareció en tal virtud esa arcaica institución civil que no ha aparecido más en el derecho, y que no pudo sobrevivir a la ruina del espíritu aristocrático y estrechamente conservador de los antiguos romanos, al decir de Accarias.

TUTELA DE LOS IMPÚBERES

Quedó, pues, en el Derecho Romano, únicamente la tutela de los impúberes, que fué modificándose como ya lo hemos visto, hasta que predominó en ella el interés del pupilo, haciéndose una institución de derecho público, porque en ella está interesada la sociedad, desde que tuvo y tiene por objeto la capacidad de las personas, el gobierno de las familias y la conservación de su patrimonio. Y esas ideas han pasado por completo al derecho moderno, y son en nuestro Código Civil las que han influído para establecer las disposiciones en él adoptadas.

Pothier y Ortolan dicen que la tutela es una carga pública y que también lo era en Roma, de acuerdo el primero con el modo de establecimiento de la tutela, y diciendo el otro, « no porque ella tuviese por fin el in- « terés público, sino en el sentido de que cada ciudadano « podía ser llamado a ella, y debía cumplir el cargo ».

Creo que estableciendo el Derecho Romano numerosos casos de excusación, como vemos en las Institutas en todo la Título XXV del Libro I, y diciendo además Paulo en su Sentencia que en su tiempo y aun antes,

los tutores nombrados por los Magistrados, podían, salvo ciertas excepciones, cuando no tenían una excusa válida que dar, excusarse de la siguiente manera: señalando al Magistrado otra persona, indicándola por su nombre, que era preferible para desempeñar la tutela, estableciendo los motivos que la hacían preferible al renunciante; no se puede, en tal virtud, decir legalmente que era una carga pública, pues en tal caso el interés particular que se tuvo en vista al establecer las causas de excusa, debió ceder siempre al interés público, lo que vemos no sucedía así, sino que imperaba el privado. Por lo tanto el criterio sobre las funciones de tutor es idéntico en Derecho Romano que en el nuestro; y esa *doctrina tradicional* de que habla Laurent, como propia de aquel régimen legal, inaplicable al moderno, no es propia de Roma.

No se puede decir, tratando de la tutela en el primitivo Derecho Romano, especialmente, como se dice en el nuestro que el tutor representa la persona del pupilo en los actos civiles, pues esto no era así en aquel derecho.

Sus preceptos legales estatuían que un ciudadano no podía ser representado por otro; únicamente el propio interesado podía y debía obrar por su cuenta y llenar él también las formalidades inherentes a los actos que efectuaba; y si en ciertos casos especiales podía hacerlos por intermedio de las personas sujetas a su potestad; era así porque se consideraba que éstas formaban una misma y única persona con él.

Aunque este principio no se aplicó después tan rigurosamente, fué siempre mantenido para los actos del derecho civil que debían cumplirse por medio de palabras y de solemnidades prescriptas, y sobre todo, inevitablemente, para los que se hacían ante los comicios: el testamento y abrogación.

Lo mismo sucedió con respecto a las *acciones de la ley*, dice Ortolan, y para los actos que eran una ficción: la *in jure cessio*, la manumisión, la adopción, y por úl-

timo también era imprescindible la comparecencia personal del interesado para la celebración de aquellos actos, que aunque no efectuados ante la autoridad pública, exigían solemnidades eminentemente civiles, como la *mancipation*, y los casos en que se hacía de ella un empleo ficticio, ejemplo, la emancipación, el testamento *per aes et libram,* la *aceptilation* (medio de extinguir, cambiándolas por otras las obligaciones *verbis*) y otras.

Para todos los actos mencionados, pues, ninguna representación admitía el Derecho Romano.

Respecto a otros actos, contratos y operaciones del derecho de gentes, se admitió la representación, aunque según los principios legales, el procurador, el gestor de negocios no fueron nunca más que personas que obraban en nombre propio en interés de un tercero, pero obligándose ellas mismas y obligando al otro contratante para con ellas solamente; sin embargo por medio de acciones de rendición de cuentas recíprocas, de acciones útiles, de medios indirectos y de interpretaciones varias, según los casos, agrega Ortolan, se llegó a hacer recaer sobre la persona a quien pertenecían realmente los asuntos, las ventajas y los perjuicios de las negociaciones.

Sentados estos principios, veamos cómo obraban los tutores. No pudiendo ellos representar a sus pupilos, era necesario en consecuencia que el pupilo interviniera personalmente en esos actos.

Pero había aquí, expresa Ortolan, dos obstáculos: por un lado si el pupilo era aún *infans* (que no podía hablar) es decir, niño de pecho o poco más o menos al decir de Teófilo, no puede pronunciar las palabras solemnes, y hay imposibilidad completa de efectuar esos actos. Por otro lado, cuando ha llegado a la edad en que puede físicamente pronunciar las palabras prescriptas, el otro obstáculo se presenta, y es que la persona civil que el Derecho Romano exige para la celebración de esos actos, es decir, la persona del ciudadano romano púber, no existe en el pupilo.

El primer obstáculo, para el autor citado, no tiene remedio, salvo el empleo de los esclavos del pupilo cuando ello es permitido. Se discute, no obstante, si por ser en el antiguo derecho, la tutela una *potestas*, podía el tutor por sí mismo enajenar las cosas del pupilo por mancipación o *in jure cessio*. Girard opina que no, por cuanto, dice, no están claros los textos de la época clásica en que fundan su opinión los sostenedores de la doctrina que combate, agregando que aunque se le considere al tutor dueño de los bienes del pupilo, no lo representaba, y por lo tanto no podía por sus actos personales ni hacerle adquirir una herencia, ni hacerle propietario, ni deudor.

Al segundo obstáculo mencionado la ley le da un remedio, y así es que se permite que el tutor se una al pupilo que no es ya *infans*, y complete por su presencia y su cooperación la personalidad incompleta del impúber, surgiendo así esa persona civil que para los actos solemnes exige el Derecho Romano. El impúber pronunciará las palabras solemnes del acto, el tutor aquellas por las que se declara cooperador, creador del acto con el pupilo, y el acto civil será así válidamente cumplido.

Esa función del tutor, de complementar la persona incompleta del pupilo, es lo que en Derecho Romano se llama la *autoritas*, y es por eso, dicen los intérpretes, que el tutor es dado no a los bienes o al asunto, sino a la persona, « *Personae, non rei vel causae datur* » dice el Digesto.

Esa *auctoritas* del tutor, dicen las Institutas, no siempre es necesaria para los pupilos, no lo es « cuando ellos *es-* « *tipulan* que se les dará algo ; es indispensable cuando « ellos *prometen* a otros », puesto que pueden sin la autorización del tutor hacer mejor su condición, pero no hacerla peor sin ella. « De ahí se sigue que en los actos « que engendran obligaciones recíprocas (Institutas, Li- « bro I, título XXI, parágrafo inicial) como en las com- « pras, ventas, arrendamientos y alquileres, mandatos,

« depósitos, si la *auctoritas* del tutor no interviene, los « que contraten con los pupilos quedan obligados; pero « los pupilos, no lo son recíprocamente ».

Sobre la acepción de esta palabra *auctoritas* y su traducción por autorización, dice a mi juicio acertadamente Ortolan: « Las palabras especialmente consagradas *auc-* « *toritas, auctor*, no son fielmente traducidas por las pa- « labras generales autorización, autorizante; falta en nues- « tra lengua (y lo mismo en la española) el término « exacto.

« *Auctor* (que deriva del verbo *augere*, aumentar, cre- « cer, hacer crecer) indica la causa productiva, la causa « eficiente, la causa determinante de un hecho, un dere- « cho, una obra, un fenómeno cualquiera; *auctoritas* es el « sustantivo metafísico, sacado por abstracción de esta « primera idea, como significando la condición, el poder « ser *auctor*, causa de aumento, de producción, de deter- « minación ».

Esa *auctoritas* traducida por autorización, no debe ser confundida con las autorizaciones modernas, tal como la autorización marital que necesita la esposa para ciertos actos jurídicos y otras semejantes en el Derecho Romano, y no es para Girard ni una autorización, ni una adhesión. Es una cooperación. En cuanto a la forma, debe ser dada por el tutor presente y en persona, pura y simplemente, no puede ser suplida por una decisión de la justicia o de los Magistrados, como otras autorizaciones y no puede ser dada en un asunto concerniente al tutor, por cuanto decían los Romanos, nadie puede ser « auctor « in rem suam ».

Es esa misión del tutor, *auctoritatem praestare*, verosímilmente la única que tenían en el derecho primitivo: pues ellos, como tutores no estaban obligados ni al cuidado, ni a la educación del menor, « sabia disposición, « dice Labbé, que es lástima no haya sido incorporada « a los códigos modernos. La tutela es un oficio viril y « a menudo, sobre todo para una joven impúber, una

« parienta será la persona a quien con más convenien-
« cias debe ser confiada su guarda ».

El tutor, en el Derecho Romano, debe, pues, únicamente ocuparse de los intereses pecuniarios del pupilo, y sin embargo como vimos, los textos dicen que se da a la persona. Esta contradicción es más aparente que real y Labbé en sus apéndices a Ortolan, define la situación, más clara y terminante al decir: « El (el tutor) es dado « a la *persona jurídica*, a la persona que teniendo un pa- « trimonio no es en razón de su edad, capaz de hacer, « solo, los actos jurídicos más graves ».

Aquella única y primitiva misión del tutor de prestar autorización o cooperar en los actos del pupilo, ha sido aumentada posteriormente por tres innovaciones, de las cuales la una es efecto de la otra.

Se le impuso al tutor la obligación de administrar los bienes del pupilo y se dieron medios para obligarlo a ello. El tutor que no había administrado y que por su culpa comprometía o había comprometido los intereses del pupilo, podía ser responsabilizado por la misma acción de tutela, que se extendía a ese efecto, *utilitatis causa*, como decían los Romanos. Y por último el tutor recibió una acción llamada *actio tutelae contraria* para pedir la devolución de los gastos adelantados e indemnizarse de las pérdidas sufridas en la gestión de la tutela.

Quizás parezca raro que la ley que acudía en protección de los menores dándoles un tutor, no obligara a éstos a administrar los bienes de sus pupilos; pero no hay que olvidarse que existía a la vez la disposición comentada antes, que prohibía la representación, así que el que contraía una obligación por otro, se obligaba personalmente y respondía con sus propios bienes a las contingencias del acto celebrado, quedándole el derecho, como era lógico, de responsabilizar a su mandante, pero esto era por completo extraño al acto en sí. Todo esto explica satisfactoriamente porque los tutores no fueron siempre obligados a administrar los bienes de sus pupilos, a la

vez que hace comprender la utilidad de la acción contraria de tutela.

Y es, por último, esta función de administración la que ha prevalecido en la gestión de las tutelas; — y debido a las innovaciones de los pretores en lo que concierne a la representación de otra persona en los actos jurídicos, hechas sin unidad de acción ni de miras, según Girard, los tutores han ocupado y administrado solos los bienes del pupilo, siendo su misión principal y casi exclusiva esa administración, tanto que en el Digesto, es mucho más importante el título *De Administratione tutorum* que el *De Auctoritas tutorum.*

De modo que la obligación de administrar, que no existía hasta Claudio, que después de él existió en virtud de una decisión expresa, nació, en tiempo de Marco Aurelio, por la simple expiración de un plazo, que se daba al tutor para que se excusara o tomara posesión de la tutela y administrara a la vez los bienes del pupilo. Al suplantar así la función de administrar a la de autorizar, en la última etapa del Derecho Romano, tuvo el tutor, por la fuerza de las cosas, que representar a su pupilo, naciendo entonces, dícese, el sistema moderno en que el tutor representa al pupilo y no obra más que por *negotiorum gestio.*

En materia judicial el tutor puede, en el Derecho Romano y en el nuestro, presentarse en juicio como demandante o demandado, ya se trate de bienes muebles o inmuebles. Ese sistema de representación ilimitada ha pasado del Derecho Romano a nuestro Código Civil directamente, pues el francés limita el principio romano de la representación judicial. Debo manifestar que la extensión de ese principio se refiere a la cuestión extrínseca; pues ya he dicho, en cuanto al fondo, que la representación perfecta nunca fué aceptada en Roma. Se aceptaba la representación en los juicios, pero era el *cognitor*, el *procurator*, el tutor o el curador, que era parte verdaderamente en el proceso; eran ellos que se

volvían acreedores o deudores de la obligación que engendraba la *litis-contestatio*, era a su exclusivo perjuicio o beneficio, y no al de su representado, que se pronunciaba la sentencia.

En los actos extrajudiciales rige también para nuestro Código el sistema Romano, el tutor debe decir si contrata a nombre del pupilo o no. En su silencio se reputa el acto efectuado en nombre del pupilo, si le es útil, si así no fuera se le considera personal del tutor.

Diferentemente a nuestro derecho, que sólo reconoce mayoría y minoría de edad, no estableciendo, tampoco, diferencias en este último estado, el Derecho Romano distinguía primeramente el período de la infancia, indeterminado, que no comprendía más que los dos primeros años de la vida, aquellos en que la persona no habla todavía, — y el período después de la infancia, desde el momento en que se tiene la facultad de hablar hasta la pubertad.

Pero, dice Ortolan, « el materialismo de esta distinción « del viejo Derecho Romano, basada sobre un fenómeno « puramente físico, la palabra, fué corregido por nuevas « distinciones de la jurisprudencia. Los juriconsultos en « lugar de considerar nada más que la palabra, hicieron « entrar en consideración la inteligencia y el juicio ».

Así, decían los Romanos, un niño puede pronunciar las palabras prescriptas, pero no comprenderá lo que pasa en esos actos; y hay también una edad en que se puede tener cierta inteligencia, puede comprender lo que se trata en los actos en que interviene, pero quizá no tenga criterio suficiente para apreciar su alcance, para balancear sus ventajas o inconvenientes.

De acuerdo con esas consideraciones, se subdividió en dos partes el período posterior a la infancia y distinguieron, si el puber estaba más cerca de la infancia, (*infanti proximus*) o más cerca de la pubertad (*pubertatis proximus*).

« Subdivisión intermediaria, dice Ortolan, cuyo punto

« de intersección no está determinada de una manera « precisa, puesto que los dos términos a los que servía « de medio no lo eran en sí mismos, pero que la opinión « general tendía a fijarlos a los siete años cumplidos o « como decía Teófilo: « en el séptimo u octavo año ».

En tal virtud, si el pupilo era *infans* o *infanti proximus* no tenía ninguna capacidad, por faltarle por completo la inteligencia; al contrario el *pubertatis proximus*, tenía ya cierta capacidad por considerársele con cierta inteligencia. En el primer caso no podía hacer ningún acto de derecho, aun con la *auctoritas* del tutor, — en el segundo, aunque les faltaba ese *plenum animi judicium*, que según la jurisprudencia romana sólo existía en los púberes, teníian cierta inteligencia, de modo que cuando el acto a realizarse no requiere más que la inteligencia de lo que se hace, el pupilo podrá hacerlo solo; pero cuando se necesite juzgar o pesar las consecuencias del acto o el acto mismo, como el pupilo no tiene ese discernimiento, el tutor con su *auctoritas* lo completa y el acto es válido.

El menor llegado a la pubertad era, en el antiguo derecho, capaz de todos los derechos y obligaciones y cesaba por lo tanto la tutela a que estaba sometido.

Vimos ya en el capítulo 9.º, cómo esa capacidad fué desapareciendo, hasta que Diocleciano extendió definitivamente la incapacidad legal de los impúberes hasta los 25 años cumplidos.

Aunque la incapacidad de los púberes menores de 25 años eran más de hecho que de derecho no por eso dejaban de ser incapaces; — y aunque Justiniano dice en sus Institutas (Libro I, título XIII, parágrafo I) « Los « adolecentes no reciben curador contra su voluntad, si « no es para un litigio; pues el curador puede ser dado « aún para un asunto especial », en realidad todos los menores estaban sometidos a curatela y recibían curador no sólo como una garantía para los terceros que con ellos contrataban, sino obligados en cierto modo por la ley misma, porque se les consideraba « en una edad que no pueden « defender sus intereses ».

Establecida así esa incapacidad de los *menores*, no había razón lógica en que salieran de un poder—la tutela—, para que cayeran en otro—la curatela—, desde que ambos tienen el mismo fin de protección; y habiendo dejado de tener efecto la primitiva ficción romana de la coincidencia de la pubertad con la capacidad, se debió extender la incapacidad hasta la mayoría de edad, por lo que lo natural era que el poder a que estaban sometidos los impúberes se extendiera hasta aquella edad, es tableciéndose que esa incapacidad sólo daba lugar a la tutela.

Y eso fué lo que hicieron las legislaciones post-romanas, al aplicar los principios del derecho que sancionó Justiniano.

Como en nuestro Codigo ha sido llevada hasta los 21 años la incapacidad que en Roma cesaba a los catorce, debióse por lo tanto, en virtud de los mismos principios, llevar el poder de protección o sea la tutela hasta llegar a aquella edad. Aun en Derecho Romano era fácil dar ese paso, desde que dicen los romanistas que en el tiempo del Bajo Imperio las atribuciones de los tutores y curadores tienden a confundirse y a unificarse, tanto que expresan los jurisconsultos de aquella época, el consentimiento del curador puede equivaler a la *auctoritas* del tutor y habilitar a un incapaz. Así un rescripto de los emperadores Diocleciano y Maximiliano permitía, tratándose de un pródigo interdicto, completar su personalidad por el curador, haciéndolo capaz, y ésto, propio de la tutela, lo extienden también a la curatela de los púberes menores, por lo que dice Labbé «El curador es asimilado al tutor salvo la «diferencia de las palabras».

El Fuero Juzgo y el Real sólo trataban de la tutela de los menores y de ahí pasó normalmente a nuestro Código, pues las Partidas seguían la distinción formalista romana de tutela y curatela.

Queda, pues, en nuestro Código, el menor sometido al mismo poder durante toda su menor edad, sin las obscu-

curidades y contradicciones que dimanaban de la coexistencia de esas dos instituciones y se tomó para la tutela los medios de defensa que a toda clase de menores daba el Derecho Romano, suprimiéndose la *in integrum restitutio* por considerar la Comisión Codificadora que ello se imponía dado la preminencia de la tutela sobre la curatela y que ella era, aun en el Derecho Romano, más bien propia de ésta que de aquélla; porque la ley no puede transformarse en protectora de cada persona, enmendando sus yerros o desaciertos o deshaciendo lo hecho bajo el influjo de una pasión, y además porque « su utilidad « no compensa los males que causa a la sociedad » como se expresa en el informe de esa Comisión.

Suprimida la restitución *in integrum*, fueron suprimidas también las consecuencias que en el Derecho Romano emanaban de ella; así por ejemplo, en este el deudor que pagaba al pupilo o al tutor sin previa autorización del Magistrado, quedaba responsable del mal empleo que diese el tutor o el menor a los dineros pagados, no considerándose tampoco extinguida la obligación (Institutas, Libro I, VII, 2). Por nuestras disposiciones como no existe la restitución *in integrum*, el pago hecho al tutor lisa y llanamente, extingue la obligación.

Respecto a la venta de las propiedades del menor, nuestro derecho, igual que el Romano, exige autorización judicial para la de sus bienes raíces y muebles preciosos, aunque agregando a *la absoluta necesidad* del Derecho Romano, la causal de *evidente utilidad*, que suele refundirse en aquélla.

El Derecho Romano obligaba al tutor a presentar las cuentas de la tutela al fin de su gestión, nuestro Código las exige cada trienio, para garantir mejor al menor, pero es al fin de la tutela cuando en definitiva se aprueban las cuentas y se reparan los agravios sufridos por él.

Nuestro Código, como ya lo he manifestado, no acepta como el Derecho Romano el Consejo de familia para el menor bajo tutela, que estableció el Código Napoleón;

pues ambos derechos dan en sus disposiciones legales los medios de protección a los menores, que no difieren sensiblemente salvo para nosotros la supresión de la *in intregum restitutio* de los Romanos; y dan las normas generales a que deben someterse los tutores para la perfecta gestión de sus funciones.

No admitimos nosotros la pluralidad de tutores para un mismo menor, como lo admitía el Derecho Romano con evidentes ventajas para éstos. En nuestro derecho el tutor puede nombrar apoderado para la gestión tutelar, sin limitaciones y bajo su responsabilidad. En aquél, cuando no se vivía en el mismo sitio o no se podía mover el tutor, dicen las Institutas que « el pretor o el Pre« sidente de la Provincia elegirá o constituirá por un « decreto un agente (actorem) bajo la responsabilidad « del tutor mismo » y ese *actorem* era, dice Teófilo, un procurador y no un curador, como opinan erróneamente algunos.

En nuestro derecho cuando falta el tutor por cualquier causa o es inhábil se nombra otro; no así en Roma por considerarse que existiendo tutor no se podía dar otro y se daba un curador para ayudar al tutor inhábil,—mientras llegaba el término fijado para que éste entrara en funciones o cuando el tutor se excusaba por un tiempo.

Nosotros sólo admitimos la concurrencia de la tutela con la curatela cuando los intereses de los pupilos están en oposición con los de su tutor, o con los de otro menor que se hallare bajo el poder del mismo tutor, y finalmente cuando tenga bienes que no deban ser administrados por el tutor común.

Todo el resto de nuestra legislación, lo repito, es de origen netamente romano, como que fuera de sus similitudes directas con aquel derecho, los demás preceptos derivan de las Siete Partidas, a las que se ha llamado por algunos « traducción al español de las Institutas de Justiniano ».

CAPÍTULO XIV

La Curatela

SU ORIGEN

La curatela estaba destinada en Roma a remediar las incapacidades *accidentales, susceptibles de variar al infinito,* diferenciándose así de la tutela que servía para prevenir las incapacidades *normales, regulares, que eran siempre las mismas,* dicen los intérpretes.

Dada esta definición, parecería a primera vista que nuestro Código al no admitir la curatela para los púberes menores de edad, estaría más en consonancia con la doctrina romana que esas mismas disposiciones legales; pues no hay nada más normal, regular y siempre la misma que la minoría de edad. Lo que hay es que el proceso que dió por resultado la curatela de los menores, se efectuó al revés, digamos, desde que se empezó por dar curadores, como expusimos antes, a los púberes menores de 25 años, por causas excepcionales, pero siendo ellos plenamente capaces, y se terminó por declararlos incapaces a consecuencia de la curatela a que se les sometía, no siendo por lo tanto en realidad la curatela un efecto de la incapacidad, sino ésta la consecuencia de estar el menor bajo curatela.

DIFERENTES CURATELAS

De acuerdo con los principios de Derecho Romano enunciados, nuestro Código sólo acepta la curatela para los casos excepcionales, accidentales, que no son una consecuencia normal de la vida, como lo es la edad por ejemplo. De modo que están sujetos a curatela los afectados por una incapacidad particular, como los locos y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito, siem-

pre que sean mayores de edad, puesto que si son menores están por esa causal sujetos a tutela. En nuestro derecho la diferencia de la curatela y la tutela está no en la edad del incapaz sino en la naturaleza de la incapacidad, como lo estaba también en el Derecho Romano, explicado el porque de la curatela de los púberes menores. Si así no fuera, entre nosotros el menor habilitado de edad que perdiera la razón no podría estar (como lo está) bajo curatela por no ser mayor, ni en tutela por cuanto no lo están, dice el Código Civil, ni se les da tutor al que se halla habilitado por alguno de los medios legales para administrar sus negocios.

Existen además las llamadas curadurías o curadores de bienes, idénticas a las que existían en Roma, y que se conocían con el nombre de *curatores bonorum*, que administraban allí por ejemplo, los bienes de un cautivo, de una herencia yacente o de un deudor insolvente y que administran entre nosotros también los bienes de una herencia yacente o de una persona ausente, teniendo en ambos derechos idénticas atribuciones, porque esos curadores sólo hacen actos de mera administración y cuidado de los bienes que custodian.

CURATELA DEL PRÓDIGO

Nuestro Código Civil no acepta como el Derecho Romano la incapacidad del pródigo, « cuya interdicción no « se admite, dice la Comisión Codificadora, por incom- « patible con el estado de nuestras costumbres y por ser « opuesta al principio de la libertad individual, consig- « nada en la Constitución de la República ».

No entraré a discutir las ventajas o inconvenientes de esta institución, aceptada por el Código Civil Brasilero recientemente sancionado y otras legislaciones, en cuyos Códigos fundamentales, igual que en el nuestro, se consagran los principios de la libertad individual. Nadie ha dicho de ellas que tal disposición civil violaba ese precepto

constitucional, por lo que no convence el motivo dado por nuestra Comisión; siendo más propia quizá la explicación que da a este caso el doctor Piñeyro del Campo en sus «Apuntes», y es que se suprimió la curatela de los pródigos «ante la consideración de que, o éstos son « realmente incapaces y ha de nombrárseles entonces « curador, o no lo son, en cuyo caso, el mal que ocasio- « nen es menos apreciable que los escándalos y trastor- « nos a que dan lugar los procesos inspirados muchas « veces por las concupiscencias de los herederos o pa- « rientes de los presuntos pródigos».

CURATELA DE LOS DEMENTES Y SORDO-MUDOS

Nuestro Código Civil siguiendo las normas Romanas y apartándose del Código Civil francés, que da al demente interdicto un tutor, porque lo asimila al menor para su persona y para sus bienes, prescribe un curador en este caso de incapacidad.

En Roma la incapacidad del demente, *furiosi* o *furiosus* en latín, no era producida por un decreto del Magistrado que lo declaraba incapaz, como para el pródigo interdicto, sino que basándose en un hecho de la naturaleza, empieza esa incapacidad con la demencia misma, se rije exclusivamente por ella, siguiendo sus alternativas si es intermitente, apareciendo o desapareciendo con ella y terminando cuando termina la demencia, también sin decisión judicial. Antes de Justiniano, cuando el demente tenía intervalos lúcidos los poderes del curador se extinguían, y después de él, quedaron suspendidos en esos mismos intervalos.

Nuestra legislación ha aplicado al demente, al establecer la necesidad de declaración judicial, el sistema de la incapacidad artificial romana del pródigo, que tenía su punto de partida en el juicio de interdicción y su término en la declaración judicial que establecía que habían cesado las causas que motivaron esa incapacidad.

La antigua incapacidad natural, modelada sobre la naturaleza, empezando con la locura y terminando con ella, definitivamente en caso de curación, temporalmente en casos de intervalos lúcidos, no subsiste, con su superioridad lógica, al decir de Girard, y también con las complicaciones correlativas que presenta desde el punto de vista de la prueba, aún para los locos que no han sido interdictos.

Esa forma de incapacidad rigió siempre en el Derecho Romano, pues ni aún bajo Justiniano presenta la incapacidad y curatela del demente el carácter de continuidad absoluta que tiene entre nosotros y que tenía en Roma la del pródigo interdicto. Justiniano dispuso que la curatela del demente no cesara por sus intervalos lúcidos sino que en tal caso el incapaz podía hacer solo todos sus actos, necesitando el concurso del curador cuando desaparecía la razón.

En cuanto a la manera de deferir la curatela, causas de excusa, extinción de ella, funciones, derechos y obligaciones del curador, son análogas a la de los tutores, diciendo a este respecto el Digesto: «*in paucissimus distant curatores a tutores*» (en muy poco difieren los curadores de los tutores), aunque hay algunas pocas diferencias, emanadas, según Namur, de que el tutor es dado, como vimos a la persona y el curador puede ser dado para un asunto determinado, no obstante haber actos que requiriendo una solemnidad, como la aceptación de una herencia, no pueden hacerse sino por un tutor. En tiempos de Justiniano la curatela podía ser deferida por la ley, el testamento o el Magistrado, como la tutela. En los primeros tiempos la curatela legítima fué la única reconocida, la que fué desapareciendo poco a poco debido al control de los Magistrados. En aquellos primeros tiempos era la curatela un poder doméstico, establecida en favor del curador y en consecuencia deferida a los agnados más próximo o en su defecto a los gentiles (curatela legítima), únicos herederos presuntivos del incapaz. Igual

que la tutela evolucionó la curatela y fué así idéntica a ella en sus formas de discernimiento, como expresamos antes.

También en nuestro derecho no se diferencia, dice la ley, la curatela de la tutela, siendo aplicable todo lo dispuesto en el título pertinente al último instituto.

Se exige entre nosotros declaración judicial de incapacidad para someter los dementes a curatela, y la ley sólo dice « dementes », dejando amplio margen al Juez para catalogar bajo ese nombre los diversos casos prácticos que se le presenten, asesorado por médicos especialistas. Este sistema es más ventajoso que el francés, que establece taxativamente los casos de interdicción por demencia, entrando así en un terreno que pertenece a la psiquiatria y no es propio de un cuerpo de leyes civiles.

Los Romanos decían primero los *furiosi* (furiosos) y después en las Institutas se agrega los *mente captis* (que se ha traducido por insensatos) y *quid perpetuo morbo laborant* (aquellos a quienes trabaja una enfermedad perpetua, según la traducción de Ortolan). Nuestro Código ha seguido, pues, las primitivas normas romanas, prescindiendo de las discusiones de lo que se entendía por *furiosus,* que para unos era la locura con intervalos lúcidos, y para otros, los locos, es decir los atacados de locura, excluyendo los que hoy se llaman monomaníacos, pero que fué siempre en Roma, como lo es hoy para nosotros una disposición general y amplia porque se funda en una cuestión puramente de hecho.

La incapacidad que grava a los locos es y ha sido siempre una medida de protección jurídica para ellos, ya que por razón de su insania no pueden comprender las consecuencias de sus actos; y como es difícil probar cuando una persona demente está en un intervalo lúcido o si esa lucidez de espíritu es sólo aparente o real, se ha adoptado hoy el sistema de la incapacidad permanente hasta la curación definitiva, que no causa trastornos, ni ocasiona peligros y es más ventajosa para todos.

En Roma el loco no podía hacer ningún acto válido en el período de la locura, no siéndole permitido como a los menores ni aun hacer mejor su condición. Todo lo hacía el curador y cuando correspondía al demente una herencia, era necesario esperar su vuelta a la razón, desde que se necesitaba para ello un tutor, y desde Justiniano se admitió con menos razón para él, dice Girard, que para el pupilo, que otro pudiese aceptarla en su nombre.

Como entre nosotros se permite la completa representación de un tercero, no ha entrado la ley a considerar la situación de aquellas personas que por sus achaques o enfermedades no pueden atender por sí solas sus negocios,—pero que pueden vigilar al que los administra por ellas, — como se hacía en el Derecho Romano, en que a las personas en tal estado y por los motivos enunciados se les daba un curador.

En nuestro derecho se les da curador a los sordo-mudos que no pueden darse a entender por escrito. Dicen los comentadores de los Códigos modernos que habiendo la ciencia encontrado el medio de ilustrar a esas personas, que conocen de la vida tanto o más, quizá, que muchos que hablan y oyen, no había porque dejarlos en esa incapacidad en que antes estaban, desde que pueden administrar con perfecto conocimiento de causa sus bienes, sin necesidad de que otro las dirigiera.

Los que no tienen los conocimientos preindicados, como viven aislados del mundo y carecen en realidad de razón, por falta de desarrollo, son declarados incapaces y por lo tanto provistos de curador.

Nuestro sistema armoniza, pues, con el romano, desde que en aquellos tiempos, el sordo solo o el mudo solo por su defecto no vivía en consorcio con las demás gentes y no podía adquirir nociones de nada o si las adquiría el mudo, por poder oir, no se sabía nada por la carencia de la palabra que impedía manifestara que se daba cuenta del acto que cometía, no pudiendo por otra parte entrar

en relaciones con nadie, desde que es muy moderno el método para enseñar a leer y escribir, no ya a los sordomudos, sino a los sordos y mudos, enseñándonos la ciencia que el sordo de nacimiento, es por esa causa, mudo a la vez. Añádase a esto que si el sordo o el mudo fuera capaz en aquel derecho, no pudiendo ser sustituído o representado perfectamente por otra persona, era de hecho incapaz, y vemos entonces no sólo la armonía indicada, sino la lógica de aquel sistema, idéntica a la que informa nuestras disposiciones que incapacitan al sordo-mudo que no pueda darse a entender por escrito.

Consideraciones finales

Hemos estudiado, pues, con más o menos extensión las disposiciones de nuestro derecho que corresponden a los diversos estados de las personas y sus disposiciones similares o antecedentes en el Derecho Romano.

Vemos así la indiscutible procedencia romana de nuestros preceptos civiles, y en otros que no existen tal como en aquél, encontramos en él su origen o su raíz, de tal modo que se puede decir que han terminado en época posterior a la última legislación romana la evolución que experimentaron esas disposiciones entre sus primeros períodos y el momento en que Justiniano la fijó definitivamente.

Para corroborar por una autoridad indiscutible lo que he manifestado respecto a la inmutabilidad de las leyes y el mantenimiento de la parte fundamental de ellas, me parece conveniente transcribir los siguientes párrafos de los «Apuntes» del doctor Luis Piñeyro del Campo. Dice así el ilustrado ex profesor de esta materia: «Tales son, « a grandes trazos, las instituciones nuestras y predomi- « nantes, con raras excepciones, en casi todo el mundo « civilizado, sobre el estado civil y el derecho de familia. « Como hemos indicado, podrán aún modificarse, al impulso « de nuevas ideas o de mayores progresos científicos; pero

« es indudable que dos son los puntos fijos que deben « servir siempre de norma a las concepciones de derecho « privado: en ellas debe armonizar la mayor libertad del « individuo, su más completa capacidad para ejercer su « actividad, con el interés social, no sacrificando aquella « libertad a este interés, ni dando tampoco preponderan- « cia exclusiva a la tendencia individualista, porque ambos « extremos conducen al retroceso, por la absorción o por « la anarquía.

« Por eso la elaboración del derecho privado no ha de « ser efecto de meros raciocinios teóricos, sino fruto del « estudio de las instituciones que se han sucedido en el « mundo y de sus consecuencias; obra al mismo tiempo « de ciencia y de discreción, en que el legislador debe « considerar muy atentamente el estado social del pueblo « para quien legisla ».

TÍTULO II

LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL DERECHO ROMANO

Los sujetos de derecho

Hemos estudiado en los capítulos anteriores los derechos y las obligaciones de las personas, las relaciones y la capacidad de derecho que responde a la idea del individuo.

Ahora bien, en Roma ¿el hombre es el único sujeto de esas relaciones jurídicas?

Los textos romanos nos muestran que no era así, puesto que todos los hombres no eran sujetos de derecho, desde que se consideraba al esclavo como una cosa, como un bien corporal. La definición de Gayo sobre *cosas* que dan también las Institutas nos lo enseña claramente al decir en el Libro II, título 2.º, par. 1.º. « Son corporales aque- « llas (se refiere a las cosas) que, por su naturaleza caen

« bajo nuestros sentidos, como un fundo, *un esclavo*, un « vestido, el oro, la plata y tantas otras cosas en fin ».

El hombre esclavo es por lo tanto un objeto de derecho y no el sujeto de él.

De igual modo al lado de esos seres a quienes se les exige que nazcan, pero que nazcan vivos y hombres y libres para ser capaces de adquirir derechos y contraer obligaciones, hay otros que no necesitan esas condiciones para tener capacidad de derecho.

A esos seres a quienes se extiende artificialmente esa capacidad, se les llama personas jurídicas, o personas morales, o ideales, legales o ficticias.

He indicado de acuerdo con Savigni, el término de persona jurídica como opuesto al de persona natural para indicar que ellas no existen como personas sino para un fin jurídico. « Se ha empleado antes, dice este autor, la « expresión de persona moral; yo la rechazo por dos mo- « tivos: Primero, no alcanza la esencia del sujeto que no « tiene nada de común con las relaciones morales, después, « aplicada a los individuos, ella designa ordinariamente « la oposición de la moralidad a la inmoralidad, lo que nos « llevaría a un orden de ideas completamente diferente ».

En ninguna parte del Derecho Romano se encuentran términos generales que aplicar a estas personas; con más propiedad dicen que representan a una persona, demostrando así que son personas ficticias. Vemos así que a la herencia del deudor, antes de ser aceptada por el heredero se le llama *personae vice fungitur*, (hace las veces de persona), y *personae vicem sustinet*, (sostiene. a la persona ocupando su lugar) dicen las Institutas tratando de la institución de heredero (Libro II, tít. 14, par. 2) y de las estipulaciones de los esclavos (Libro III, tít. 18, par. inicial).

Según Girard a las personas jurídicas que existieron en Roma se les han designado en general con las denominaciones *no romanas* de universitates, universitates personarum y universitates rerum.

Definición y atribuciones

Como expusimos antes, no encontramos en los textos Romanos ninguna definición de la persona jurídica, por lo cual tenemos que recurrir a sus comentadores para encontrarlas.

Veamos las que dan algunos autores: Mainz la define como un ser que no siendo individuo humano, ha recibido la capacidad de adquirir y de tener derechos. Petit dice que es aquella persona que no tiene existencia material, no siendo otra cosa que una mera ficción jurídica; para Namur es la abstracción reconocida por la autoridad pública e investida de cierta capacidad jurídica, y, por último, Savigni la define como el sujeto del derecho de los bienes creados artificialmente por la ley. Las definiciones de Mainz y Petit no son exactas, pues no consideran el verdadero carácter de la persona jurídica, desde que ella carece de los derechos de la familia, que existen originariamente en el hombre natural y cuyas extensiones, aun artificiales, están destinadas a garantir condiciones inherentes a la naturaleza del hombre, siendo por lo consiguiente inaplicables a las personas jurídicas.

Tampoco la órbita en que puede desarrollarse su poder de obligación es tan extensa como la de la persona física, por cuanto, por ejemplo, no puede obligarse por delitos, aunque los pueda cometer, ni como jefe de familia.

Namur da una definición algo más completa, al decir que está revestida de *cierta capacidad,* aunque no dice en qué consiste ella, pero asimismo indica el camino a seguir: indagar qué restricciones tiene en la persona jurídica esa capacidad que es completa en la persona humana.

Savigni da la más completa de las definiciones; nos enseña claramente cuál es la *cierta* capacidad que nos indicaba Namur. Esa capacidad se limita solamente al

derecho de los bienes, los únicos que puede tener la persona jurídica, porque ellos son por su naturaleza una extensión de poder, un medio de desarrollo para la libre actividad, agrega Savigni.

Son, pues, para ese autor, los siguientes los derechos que tiene o puede tener la persona jurídica: la propiedad y los *jura in re*, las obligaciones, las sucesiones como medio de adquirir, los poderes sobre los esclavos, el patronato y en los tiempos más modernos del Derecho Romano, el coloniado. Aun en el antiguo Derecho Romano las personas jurídicas podían adquirir por medio de actos solemnes, la mancipación, por ejemplo, si ellas tenían un esclavo para representarlas.

Si era una Ciudad o un Municipio, el esclavo en cuestión, que Tácito y Plinio, transcriptos por Savigni, llaman *actor publicus*, era un esclavo que pertenecía al Estado, o a la Ciudad, en el primer caso.

Podían también las personas jurídicas emancipar a sus esclavos y ejercer los privilegios del patronato. Aunque la manumisión por vindicta, la más usada y practicada, no podía ser efectuada por representante, al principio los libertos de estas personas *in libertate morabatur*, es decir, eran libres de hecho y no de derecho, concediéndoles la ley Junia la latinidad; lo que Trajano y sus sucesores derogando el antiguo derecho civil, modificaron profundamente al permitir a las personas jurídicas dar a sus libertos la libertad perfecta con el derecho de ciudad.

Pero diferenciándose, como lo explicaremos, los miembros que forman una persona jurídica de ella misma, los libertos de una ciudad, por ejemplo, no debían a sus habitantes, los componentes de esa persona jurídica, el respeto que un liberto debía a su patrón.

« Restringiendo así, agrega Savigni, en el dominio del « derecho privado y notablemente en el derecho de los « bienes, la capacidad de las personas jurídicas, no pre- « tendo decir que, en la realidad de las cosas, esa ca-

« pacidad sea su carácter exclusivo o aún dominante. « Ellas tienen al contrario, fines especiales, a menudo bien « superiores a esa capacidad, y de los que ésta no es « más que el instrumento. Pero, para nosotros, las per- « sonas jurídicas no son más que sujetos capaces de « poseer, pues sus otros caracteres están fuera del derecho « privado ».

División y clases de estas personas

Las diferentes personas jurídicas que en Roma existían y que pueden ser de existencia necesaria o natural unas, y de simple existencia posible, artificial o contingente, otras, podemos clasificarlas de acuerdo con Mainz en dos grandes grupos. El primero sería el de las constituídas en el interés de los individuos que la componen, y el segundo, las que no contemplan ese interés, por buscar un fin más alto o para sostener a un ser humano que ha sido persona, y a quien la muerte le ha arrebatado con la vida los caracteres de la personalidad.

A aquellas se les da el nombre de corporaciones, y entre las últimas encontramos las fundaciones, que comprenden las llamadas *piae causae*, es decir, los establecimientos de beneficiencia, de utilidad pública y la herencia yacente, la *heredita yacens*, que sostiene a la persona del difunto, desde el instante de su muerte hasta la aceptación de la herencia efectuada por el heredero voluntario; pues si el heredero fuera necesario no habría solución de continuidad entre él y el causante, por considerarse hecha la aceptación inmediatamente después de la muerte de éste.

Entre las corporaciones, llamadas en Roma, *ordo*, *universitas*, *corpus*, *collegium*, está en primer término el Estado, que era llamado en la República *populus romanus* y que bajo el Imperio fué transformado en el *Fiscus*, que es el Estado considerado como una verdadera persona jurídica.

También entran en esta clase los municipios, *municipium* o municipes, que es el conjunto de ciudadanos no sólo de un municipio, sino también el de las colonias, para muchos comentadores.

Además existe en esta clase de personas la *respública*, que indicaba a la República Romana en su tiempo, y bajo el Imperio comprende a toda ciudad que dependa del Estado; las ciudades a quienes se les acuerda el carácter de persona; y en los últimos tiempos del Imperio las provincias entran en esta categoría.

Aparte de las personas nombradas que podemos llamar públicas, pues forman parte de la organización política del Estado, que son las de existencia natural o necesaria y que para Savigni «son anteriores al Estado, al menos «en su forma actual», existen otras que Mainz las considera intermediarias entre las que tratamos arriba y las asociaciones privadas y que Savigni las coloca entre las puramente voluntarias, y ellas serían: el colegio de los sacerdotes, el de las vestales, las legiones en la Roma Imperial y el colegio de los decuriones.

También pertenecen a esta clase las *societas vectigales* (asociaciones para la percepción de los impuestos), las sociedades para la explotación de las minas de oro y de plata y para las salinas, y las asociaciones de recreo. Estas últimas, quizá por constituir un peligro para el Estado por su intromisión indebida en la política, fueron privadas del carácter de personas jurídicas en el año 690, lo recuperaron después y lo pierden definitivamente bajo Julio César; pero parece que a pesar de su supresión siguieron fundándose, por lo que una ley *Julia* castigaba con las penas correspondientes al delito de lesa majestad a los que formaran parte de ellas.

El segundo gran grupo de personas jurídicas lo forman las fundaciones. Estas, desconocidas o raras por lo menos en los tiempos del paganismo, aparecen desde que Constantino declaró al Cristianismo la religión del Estado.

Y esto fué así debido a que en los tiempos que Roma

era pagana debía el Estado cargar con todo lo correspondiente a los cultos de sus dioses, permitiéndose además tener bienes propios a tres dioses: Júpiter, Marte y Apolo, para socorrer a los necesitados en su nombre, acordándoles a aquellos dioses, por una ficción, de las que tanto usaban los romanos, la *testamento factio passiva* o sea la capacidad para adquirir por testamento.

Como no se podía hacer lo mismo cuando el Cristianismo fué la religión oficial; y como entre sus preceptos figura, como el de más importancia, la caridad, muchas personas se reunían para ejercerla, pero no como particulares, sino como una entidad aparte, como una *universitas,* y se les reconoció en tal virtud la personería jurídica para poder llenar a satisfacción sus altos fines y entonces aparecen como tales con el nombre de iglesias, monasterios y hospitales.

Tanto se les consideraban, que Justiniano hizo en su favor muchas modificaciones en el derecho privado, especialmente en la parte relativa a la sucesión. Y así vemos que a semejanza de aquella facultad concedida a Apolo, Júpiter y Marte, se permite instituir heredero a Justiniano, heredando en tal caso la Iglesia del lugar en que vivía el testador. También se permitió la institución de herederos inciertos, nula en general, cuando los instituídos eran *los pobres*, según úna constitución de Valentiniano III, a lo que agregó Justiniano que en ese caso se debe considerar como el heredero instituído el hospicio del lugar del testador, o la Iglesia sino lo había, con cargo de atender las necesidades de los pobres de la localidad en que había morado el causante.

Condiciones de existencia

Veamos ahora cuales eran las condiciones exigidas por las leyes romanas para que esas ficciones legales pudieran reunir los caracteres que hacen de ellas una persona jnrídica.

Al principio, para Savigni, esas condiciones no han tenido necesidad de ser fijadas por una regla positiva, desde que la mayoría de las comunas eran tan antiguas o más que el Estado mismo; las constituídas más tarde lo eran siempre por un acto político, y no se seguía una regla de derecho privado, tal como la *coloniae deductio* de los Romanos, y en cuanto al Fisco, nadie irá a buscar su modo de formación y origen.

Posteriormente ello cambió, y así es que vemos en el Disgesto la regla siguiente « no se permite a todos con « facilidad fundar sociedad, colegio u otro cuerpo seme- « jante; pues esto está prohibido por leyes, senados con- « sultos y constituciones de los principes ». (Libro 3.º, título IV, 1).

Ese párrafo nos muestra la condición esencial para la existencia de los entes que estudiamos, la autorización del Estado, que puede ser expresa o tácita, pero que debe siempre existir,—lo que discuten y niegan algunos comentadores modernos,—para las otras personas jurídicas que existieron en Roma. A ello contesta Savigni lo que voy a transcribir: «Independientemente de la razón polí- « tica, la necesidad del consentimiento del Estado para la « formación de una persona jurídica encuentra su fuente en « la naturaleza misma del derecho. El hombre, por el solo « hecho de su aparición corporal, proclama su título a la « capacidad de derecho, principio al cual la esclavitud « hacía entre los Romanos una extensa excepción, y cuya « aplicación es bien de otro modo general entre nosotros. « Por ese signo visible, cada hombre, cada juez sabe los « derechos que debe reconocer, los derechos que debe « protejer. Cuando la capacidad natural del hombre es « extendida ficticiamente a un ser ideal, ese signo visible « falta, y la voluntad de la autoridad suprema puede « únicamente suplirlo creando sujetos artificiales del dere- « cho; abandonar esa facultad a las voluntades indivi- « duales, sería infaliblemente crear sobre el estado del « derecho una gran incertidumbre, sin hablar de los abu-

« sos que podrían cometer las voluntades fraudulentas.
« A esta razón decisiva, tomada de la naturaleza misma
« del derecho, se unen consideraciones políticas y de
« economía política. Se reconoce que las corporaciones
« pueden ofrecer peligros; pero la extensión ilimitada de
« las fundaciones no es siempre deseable o indiferente.
« Si se hiciera una rica fundación con el fin de propagar
« libros o doctrinas peligrosas para el Estado, para la
« moral o para la religión, el Estado debería sufrirla? Las
« fundaciones aún de pura beneficiencia no deben tam-
« poco ser enteramente abandonadas a las voluntades
« individuales. Si en una ciudad, por ejemplo, en la que
« los establecimientos en favor de los pobres estén bien
« organizados y provistos de rentas suficientes, un tes-
« tador rico, por una caridad mal entendida, instituyera
« limosnas que hicieran peligrar los buenos resultados de
« la caridad pública, el Estado no tendría ningún motivo
« para dar a esa fundación más consistencia confiriéndole
« los derechos de persona jurídica. Aquí independiente-
« mente del carácter de la fundación, se trata, además, de
« evitar una acumulación exagerada de bienes fuera del
« comercio. Ese género de abuso puede existir aún para
« las fundaciones autorizadadas por el Estado; pero no ha-
« bría ningún medio de remediarlo, si los particulares pu-
« diesen siempre crear nuevas fundaciones ».

A parte de esas consideraciones, hay otra no menos importante, y es que si no fuera necesaria entre los Romanos la autorización del Estado, no se distinguiría cuándo una reunión de personas era sociedad o era persona jurídica y como tiene ésta ventajas sobre aquélla cuando les pareciera bien, declararían a la simple sociedad, persona jurídica.

Y la diferencia entre ambas está bien determinada en Roma. Según unos autores, Marcelo (copiado por el Digesto) y según otros Neracio Prisco, han dicho que para formar una persona jurídica es necesario por lo menos tres personas (*tres fasciunt collegium*, dijo el primero, y *tres facere existimat collegium* el segundo).

En cambio para la sociedad basta el acuerdo de voluntades de dos personas nada más, y si desaparece uno de los miembros de ella, desaparece la sociedad. En las personas jurídicas no importa que desaparezcan o cambien las tres personas que la iniciaron, basta que exista uno sólo para que ella exista, y aún no existiendo ninguna puede existir, como dice Savigni, si ella reposa en un interés público y permanente. Así, agrega, si por una epidemia murieran sucesivamente en una ciudad, todos los miembros de una corporación de artesanos, no habría que considerar a esa corporación como disuelta y sus bienes abandonados o pertenecientes al Estado. Y lo mismo sucedería tratándose de un legado instituído con fines de caridad; la persona jurídica, una vez aceptado él por la autoridad competente, existiría ya, aunque no tomara posesión de él la entidad que lo administrara; la entrada de ese dinero en sus cajas es independiente y nada tiene que ver con el carácter del legado en sí.

Fuera de las diferencias entre persona jurídica y sociedad que hemos comentado, existe otra, que emana de su carácter propio y es que si la sociedad forma un todo indivisible e inseparable de las personas que la forman, en cambio, como adelantamos antes, las que constituyen una persona jurídica están desligadas de ella, no forman con ella un conjunto total único, de modo que los derechos, las deudas, las obligaciones de la persona jurídica nada tienen que ver con los derechos, las deudas y las obligaciones de los miembros que la componen, o viceversa. Tampoco la obligan los delitos de sus componentes, ni la perjudican su dolo, salvo el caso, como era natural, de que ese delito o ese dolo la haya enriquecido, debiendo en tal caso devolver lo que por tal causa recibió, pero no como una pena impuesta a la persona jurídica por el delito cometido por uno de sus miembros, sino en virtud de la aplicación estricta de aquel principio riguroso que prohibía enriquecerse ilegalmente a costa de un tercero.

Cómo terminan en Roma las personas jurídicas

Hemos estudiado cómo se constituyen las personas jurídicas y de ese estudio deduciremos las causas de su terminación.

Constituídas en virtud de la autorización del Estado, terminan a consecuencia de la desautorización del mismo; y existiendo independientemente de los miembros que la integran, no puede ser disuelta por la sola voluntad de ellos, es necesaria también autorización de la autoridad pública para su disolución.

Nacidas para un fin determinado, mueren cuando se ha llenado este fin; — y estableciéndose al formarse el plazo de su existencia, terminan naturalmente cuando ese plazo vence; — y por último, para algunos, nacen necesariamente con tres miembros por lo menos y terminan cuando muere o desaparece el último de los miembros que de ella quedaba, interpretación errónea, como lo he manifestado, y que ha sido sacada de un texto del Digesto (3.º, IV, 7, S. 2), que lo tomó de Ulpiano y que dice: « Pero si la *universitas* queda reducido a uno, está más « recibido que éste pueda reconvenir y ser reconvenido « judicialmente, pues el derecho de todos se conserva en « uno y persiste el nombre de la *universitas* », de lo que deducen que faltando ese uno, no se conserva ningún derecho, ni hay obligación y desaparece así la persona jurídica, lo que no puede ser como ya lo expusimos.

Nuestro Código Civil no da ninguna regla sobre los requisitos que deben llenarse para que tengan nacimiento las personas jurídicas. Aunque deja librada, pues, esa materia al derecho administrativo, creo oportuno hacer algunas indicaciones al respecto, relativas a las que se denominan en esa indicada rama del derecho, *asociaciones civiles,* para diferenciarlas de las sociedades anónimas, de carácter comercial siempre, y que como las anteriores, necesitan una declaración del Poder Ejecutivo para tener el carácter de personas jurídicas.

La base para tal declaración son los Estatutos que regirán su marcha, los cuales deben ser aprobados por el Poder Ejecutivo y cuya aprobación trae por consecuencia el reconocimiento de la personería jurídica, que capacita para ejercer derechos y obligaciones, de acuerdo con la disposición pertinente del Código Civil (art. 21).

Los Estatutos, son confeccionados por los asociados según su libre arbitrio y aprobados por ellos. Como se exige, por lo menos, mayoría dentro de la asociación, ya sea para la aprobación o para zanjar las cuestiones que motive la puesta en práctica de sus Estatutos, infiérese de ahí que, como norma jurídica, se requiere por lo menos tres miembros o asociados para crear la asociación, primer embrión de la persona jurídica.

La única traba a esa libertad de disposición estatutoria, sería el desconocimiento de las leyes prohibitivas y la oposición al contenido de las leyes imperativas, así como cualquier cláusula de los Estatutos que ataque la organización del Estado, el orden público o las buenas costumbres. En especial se prohibe que se renuncie al imperio y jurisdicción de nuestros Tribunales para la dilucidación de las cuestiones que surjan, sea entre los asociados entre sí, sea entre los asociados u otra persona cualesquiera que fuere.

No existiendo, como lo he manifestado, ley expresa que reglamente el ejercicio del derecho de asociación con fines útiles (materiales o morales para los asociados u otras personas), sólo se requiere que los estatutos de las asociaciones civiles (y esta parte comprende también a las sociedades anónimas, que deben llenar además otros requisitos respecto al capital, acciones, etc.), estén de acuerdo con las prescripciones que he mencionado antes, para que al ser aprobados, puedan ellas ser reconocidas como persona jurídica, distinta, como en Roma, de sus componentes.

En cuanto a lo demás pertinente a estas personas, se me permitirá decir, copiando a Savigni: « Si las reglas

« que acabamos de exponer sobre el principio y fin de
« las personas jurídicas son incompletas, es debido a la
« naturaleza misma del sujeto. Toda la parte de detalle
« corresponde a la constitución política y a las formas
« administrativas de cada Estado y por ello sale de los
« límites del puro derecho privado ».

TERCERA PARTE

TÍTULO I

LOS BIENES

EL DERECHO DE PROPIEDAD

CAPÍTULO I

Su naturaleza

SUS CARACTERES EN EL DERECHO ROMANO. — SU EVOLUCIÓN LEGAL. — NUESTRO DERECHO

Al decir de Savigni, se puede definir toda relación de derecho «como el dominio de la voluntad libre», porque asigna a cada individuo un dominio, una esfera de acción en el que su voluntad reina independientemente de toda influencia o voluntad extraña.

Sentado ésto, hay que tratar de determinar en qué circunstancias la voluntad obra libremente, dice este autor, y hasta dónde se extiende aquel dominio.

Así es que primeramente la voluntad puede obrar sobre la persona misma del individuo; y además, fuera de su persona, o sea sobre el mundo exterior relativamente al individuo. Pero en el mundo exterior se encuentra la naturaleza no libre, y también voluntades libres como la nuestra, es decir, de personas extrañas a nuestra personalidad, de lo que se desprende que tenemos tres clases de objetos sobre los que la voluntad humana puede obrar: la persona del individuo, la naturaleza no libre y las

personas extrañas, lo que nos daría tres clases principales de relaciones de derecho, que son: los derechos de las personas, los derechos sobre los bienes y las obligaciones.

La primera de estas categorías nos muestra a la persona como sujeto de todos los derechos y a la vez como susceptible de relaciones de derecho especiales; lo que hemos estudiado al tratar de « Las Personas » en la segunda parte de este estudio.

Veamos ahora esa segunda clase en la división efectuada, en la que la parte sujeta a esa relación de derecho, la naturaleza no libre, es el objeto de esos derechos, en contraposición a los sujetos del mismo.

Aunque esas dos clases de derechos (aceptando los términos de Savigni) están separados rigurosamente en doctrina, en abstración, como él dice, en la realidad de la vida, ellas (agregando la tercera clase, las obligaciones) se tocan de todos lados y sus contactos perpetuos engendran necesariamente una multitud de modificaciones y de acciones recíprocas.

« Nosotros, dice el autor citado, no podemos dominar « la naturaleza no libre en su totalidad, sino en una « porción determinada desprendida de su conjunto. La « porción así desprendida se llama *cosa*, y aquí comienza « la primera especie posible de derechos, *el derecho a una* « *cosa*, que en su forma más completa y pura se llama « propiedad ».

A pesar de lo dicho en el párrafo anterior al transcripto, hay también contrastes marcados entre los derechos de la familia y ese *derecho a una cosa*, que extiende en su conjunto el poder del individuo fuera de sí y que al tutelarlo y regirlo se le llama derecho de los bienes.

« La materia del derecho de los bienes no es (Savigni) « como la del derecho de la familia una relación natural- « legal; las instituciones del derecho de los bienes no « tienen una doble naturaleza, son simples, puras rela-

«ciones de derecho; así su reconocimiento es cosa menos « necesaria, más arbitraria, más positiva que el reconocimiento de las instituciones del derecho de la familia, « y no pertenece al *jus naturale*. Además, no puede haber « incertidumbre sobre la distinción de su elemento jurí- « dico, pues si ellas deben extender la libertad del indi- « viduo, ese poder, esa dominación que nos aseguran « forma precisamente su contenido como instituciones de « derecho ».

Establecido, pues, que clase de derechos entran en esta categoría, veamos su naturaleza y esencia en el Derecho Romano, para establecer las analogías o diferencias con nuestras prescripciones legales.

No entraré en disquisiciones sobre si la propiedad empezó siendo en Roma, colectiva para concluir por ser individual o si fué siempre de esta última clase; — si aquella propiedad colectiva lo fué para todo el pueblo Romano o para subdivisiones de él, las tribus o las *gens*, por ejemplo.

Eso sólo son conjeturas que se hacen, basándose, entre otros motivos, en la tradición según la que cada *pater familiaes* no tenía como bien propio *(heredium)* más que dos medidas *(jugera)* de tierra o sea $^1/_2$ hectárea; y dado que con ella no podía mantener a su familia, sólo le sería dada según Mommsen, para edificar su casa y su jardín, existiendo grandes bosques, pastoreos y tierras de labranza para la comunidad, que los disfrutaban en conjunto, obteniendo así el sustento para él y los suyos el jefe de la familia.

También se basan esas conjeturas en que las formas de la emancipación y de la reivindicación no se aplican perfectamente más que a la enajenación y a la reclamación de los muebles, siendo fórmulas que han debido consolidarse y perfeccionarse en una época en que no se enajenaba o no se reivindicaba más que muebles, por no existir bajo propiedad individual otra clase de bienes; aunque cabe aquí decir que no consta en ninguna parte,

en consonancia con esta teoría, que esos bienes inmuebles estuvieran fuera del comercio, único caso en que serían inajenables e imprescriptibles.

Tampoco se sabe cuando esa forma de propiedad fué sustituída por la individual. Se presume que aquella forma fué abolida, si es que existió, cuando la creación de las 16 tribus rústicas, que llevaron el nombre de *gentes*, según Mommsen también.

Lo que es incontestable es que desde las leyes de las XII Tablas, la propiedad en Roma, tanto para los muebles como para los inmuebles, fué una propiedad privada individual.

Pero no era en manera alguna, en sus primeros tiempos, la propiedad actual, accesible a todos, que se aplica a todo objeto y que se trasmite por el consentimiento de las partes, previo a la tradición, para nosotros. Como los otros institutos que hemos estudiado: la patria potestad, el matrimonio, la tutela, etc., la propiedad en Roma es una institución de derecho civil; es decir, no puede pertenecer sino a un ciudadano Romano, su objeto debe ser una cosa romana y no puede ser trasmitida más que por un modo romano.

Los romanos no conocieron originariamente más que una propiedad privada, la que no existía más que para los ciudadanos o para los que eran asimilados a éstos, en esta parte, por la concesión del *comercium*, como lo indica la fórmula tan a menudo repetida: *rem ex jure Quiritium meam esse*, y que se llamó *mancipium*, *nexus*, *ex jure Quirituim habere* y más tarde también *dominium.*

La propiedad no podía trasmitirse válidamente por los modos del derecho de gentes, era necesario un modo de derecho civil, y esa propiedad civil debió franquear sus estrechos límites y recibir una extensión que Gayo llama un desdoblamiento *(divisio, duplex dominium)*, debido a que las relaciones con el exterior se hicieron más frecuentes (lo que ya hemos estudiado al tratar las modificaciones que sufrió el derecho) y no se tuvo más reme-

dio que reconocer a los extranjeros (sin concederles el *comercium*) un derecho sobre las cosas, análogo al de los Romanos y que llevó el nombre de *dominium*, fundado sobre los modos de adquirir llamados del derecho de gentes y protegido por una acción real. Existieron, pues en Roma, tres clases de propiedad, podemos decir: la propiedad del derecho de gentes, la propiedad conforme al derecho civil, o propiedad quiritaria, o simplemente *propiedad* y la propiedad pretoriana o propiedad bonitaria.

La propiedad quiritaria ya la hemos definido y sobre ella volveremos más adelante.

La propiedad del derecho de gentes era la que los Romanos podían tener sobre los fundos provinciales, y la que los *peregrinos* tenían sobre toda clase de cosas, a excepción de los fundos itálicos y resultaba en el primer caso de una concesión hecha mediante el pago de un censo.

La propiedad bonitaria o *in bonis* era esencialmente temporal, puesto que no era más que una primera etapa que debía conducir a la quiritaria, diferenciándose así de la del derecho de gentes, en que ésta era establecida a título perpetuo, y su inferioridad obedecía únicamente a la calidad de las personas o a la condición de las cosas a las cuales se aplicaba.

La propiedad bonitaria fué establecida por el derecho pretoriano para corregir el rigor del derecho civil, y permitió a quien se le trasmitía una cosa irregularmente pero de buena fe, disponer de ella como dueño y adquirir la propiedad quiritaria o de derecho civil por la usucapión. Por este motivo el que tiene la propiedad *in bonis* se asemeja mucho al poseedor de buena fe, pudiendo los dos también intentar la acción publiciana; pero sólo el propietario bonitario puede oponer excepciones al propietario quiritario (que quedaba mientras no se consumaba la usucapión con la que se llamó el *nudum jus quiritium*) que le reindivica la cosa (*exceptio doli y exceptio*

rei venditæ et traditæ), y aún si éste triunfa, puede oponerle el propietario bonitario desposeído la acción publiciana con todo éxito; mientras que contra ese propietario, si se es poseedor de buena fe, se es rechazado en este caso.

No sería exacto ver en este estado de cosas la admisión de una propiedad natural al lado de la propiedad civil. No había entonces, ni puede haber más que una sola especie de propiedad. La diferencia residía, no en la naturaleza del derecho adquirido o trasmitido; pues siempre se era propietario cualquiera que fuera la forma adoptada para ello, sino en los modos de adquisición, de los que unos pertenecían al derecho civil y los otros al de gentes, y además en las de realización judicial; ciertas adquisiciones dan lugar al ejercicio de acciones civiles, otras no pueden invocar más que la protección pretoriana.

Las distinciones sobre las que reposaba el antiguo sistema de la propiedad perdieron a la larga toda significación práctica. La antigua *ordo judiciorum privatorum* arrastró en su caída la clasificación de las acciones; las diferencias que separan los ciudadanos de los Latinos y de los *peregrini* fueron suprimidas en tiempo de Justiniano, que suprimió además toda distinción entre las tierras itálicas y las provinciales, entre las cosas *mancipi* y *nec mancipi* y abolió en ésto, los últimos vestigios del *jus Quiritium.* En el nuevo Derecho Romano, no existe, pues, más que una sola forma de propiedad privada, como en los primeros tiempos, con la diferencia que esta propiedad única no es más la de los Quirites, los ciudadanos, sino la de los *peregrini,* no es la del derecho civil, sino la del derecho de gentes. Y tan es así dicen los autores, que apenas se encuentran algunas trazas de la antigua distinción en las compilaciones oficiales Romanas que han llegado a nuestros días.

Nuestro Código da una definición del dominio a quien llama también propiedad; los jurisconsultos romanos no

nos han dejado una definición de ella, pero resalta claramente de toda su doctrina, que la propiedad ha sido para ellos, lo que ha sido siempre y en todas partes: el derecho real por excelencia. Ellos la llamaban *dominium* o *propietas*, pero además de esa significación propia que no se aplica más que a las cosas corporales, *dominium* se entiende además en general de toda otra especie de derecho. Es así que los textos dicen, no solamente *dominium propietatis*, *propietatis dominus*, sino también *dominium usufructus*, *hereditatis dominus*, *dominus litis*, *dominus negotiorum*, etc. El usufructuario es llamado a veces *dominus*, o aún *quasi-dominus*, y la misma expresión fué aplicada posteriormente no sólo a la propiedad del derecho de gentes, *in bonis habere*, sinó también a la posesión de las provinciales y a las concesiones enfitéuticas; pero esa extensión de la palabra *dominium* no ha desnaturalizado su verdadera significación y esa expresión empleada sola, bastó para distinguir al propietario de todas aquellas personas que no ejercen más que un derecho real sobre la cosa de otro.

La noción del derecho de propiedad es a la vez muy simple y muy extendida, por lo que se resiste a toda tentativa que se haga para encerrarla en una definición Sea que se la designe en términos generales, como la sumisión total y exclusiva de una cosa a la voluntad de una persona, sea que se la quiera caracterizar por sus atributos esenciales, no se llegará sino a fórmulas insuficientes. En el primer caso, por ejemplo, habría que distinguir entre propiedad plena y otra restringida o incompleta, lo que sería falso, pues todas las limitaciones que pueda sufrir este derecho no cambian en nada su esencia no hacen más que modificar las formas de su ejercicio.

En cuanto a la segunda manera de definir, procediendo por enumeración de atributos, es más defectuosa todavía, pues enumerar es limitar, y limitar lo absoluto es contrario a toda lógica; aparte de que se puede ser propietario y no gozar de esos atributos, como cuando la cosa es dada en usufructo, hipotecada, o es litigiosa, etc.

Es por eso que siguiendo las normas romanas, cuyos jurisconsultos vieron y apreciaron esa dificultad, que Vélez Sársfield, entre otros, critica la definición de nuestro Código y toda definición en general.

CAPÍTULO II

Las restricciones y limitaciones al derecho de propiedad en Roma

SUS FUNDAMENTOS. — NUESTRO DERECHO

Como lo hace notar Dirksen las relaciones respectivas de las propiedades inmobiliarias, pueden ser regidas por dos principios: el del derecho estricto que autoriza a cada propietario a usar de su cosa como lo entienda, aún cuando de ello pudiera resultar un perjuicio para su vecino; y el de la equidad, que no le permite ir hasta el fin de su derecho, precisamente para evitar ese resultado. De esos dos principios, es al primero que el Derecho Romano parece haber dado la preferencia, según ese autor. Los textos romanos traen muchas aplicaciones de este principio. Así el dueño de un edificio puede levantarlo tan alto como le parezca, aún cuando quitara luz a su vecino. Cada uno puede excavar su terreno para buscar fuentes de agua en él, aún cuando agotara así las de los fundos que lo rodean: — ejecutar en su propiedad trabajos que podrían desviar de la de su vecino las aguas que afluían a ella.

Es verdad que se encuentran también soluciones que parecen dictadas por el principio de equidad; pero ellas, según Dirksen se explican fácilmente; según disposiciones de los capítulos pertenecientes a la servidumbre y al usufructo, el heredero no tiene el derecho de levantar sobre el fundo hereditario construcciones que taparan por completo las ventanas de una casa contigua legada a otro, sinó que debe dejarles una luz suficiente; pero es

que no se trata aquí, dice, de relaciones ordinarias entre propiedades vecinas, sino de la que existen entre heredero y legatario y donde domina el punto de vista de la buena fe.

En cuanto a las restricciones respecto a la altura de las construcciones, no conciernen tampoco al interés de los vecinos que se trata de contemplar, sino que suponen servidumbres instituídas o bien reglamentos de policía general, como se sabe por otra parte, que existían en Roma. No es, se agrega, sino más tarde, bajo los Emperadores, y cuando el espíritu de la legislación se había modificado profundamente, que se encuentran disposiciones de esta especie, tomadas para proteger intereses privados, como la constitución por la cual Zenón prohibió levantar construcciones en el interior de Constantinopla, que impidieran a las casas vecinas la vista directa del mar.

Pero más que el testimonio directo de los textos, lo que demuestra la preponderancia del principio del derecho estricto, para el citado autor, son las medidas tomadas para atenuar lo que su aplicación podría tener de excesivo. Así la *cautio damni infecti* ha sido puesta en práctica precisamente para proteger a los vecinos contra los trabajos emprendidos que los amenazaran de un daño inminente. ¿Y además, agrega, qué son las servidumbres, sino derechos fundados sobre el renunciamiento del dueño de un inmueble a usar de una u otra de las prerrogativas que importa el ejercicio íntegro de su derecho de propiedad? ¿Habría sido necesario constituir servidumbres reales si el uso del derecho de propiedad hubiera sido dirigido y dominado por el principio de equidad?.

La objeción más seria que se le podría hacer a esa teoría, estaría fundada en las numerosas restricciones legales que se le hacen a la propiedad inmobiliaria; y que son motivadas ordinariamente por consideraciones de equidad y buena vecindad. Pero Dirksen lo prevé y niega a esas restricciones el carácter que se les ha dado

para combatirlo, y pretende que ellas se refieren a vistas de interés general, lo que justifica agrupándolas así según su origen; restricciones dictadas por ideas religiosas; — por medidas de policía y de seguridad pública; — y en favor de la agricultura.

Dada la índole de este trabajo no creo que deba entrar en detalles sobre esas restricciones, sobre las que diré algo desde el punto de vista legal, y que pueden limitar el derecho de propiedad en sus manifestaciones positivas, en las negativas o por ambas a la vez, con el agregado que ellas no pudieron nunca imponer al propietario más que sufrir o no hacer, limitaciones que se denominaron *in patiendo* o *in non faciendo*, respectivamente; pero nunca la obligación de hacer.

Por el lado positivo (cuyas manifestaciones son gozar, usar y disponer de la cosa de la manera más absoluta), puede ser restringido por la prohibición de hacer tal o cual uso de su propiedad; — en su manifestación negativa que consiste en excluir a otro del poder que se tiene sobre su cosa, puede limitarse por la facultad acordada a un no propietario de hacer de esa cosa tal o cual uso determinado; sería, por lo tanto, comó lo dije antes, en el primer caso, para el propietario, obligación de no hacer, y de sufrir en el segundo; — y se puede restringir por las dos manifestaciones a la vez, como sería el caso del usufructo.

Se comprende que no puedan existir restricciones que vayan más allá de las indicadas, en el sentido que importen para el propietario una obligación de hacer; pues sería necesario para ello que entre sus derechos figurara el de no hacer. Ahora bien, esta especie de quietud jurídica existe también, pero es la libertad misma de la persona y no un atributo de la propiedad, y si el propietario es obligado a hacer, habría obligación personal y no carga real, aún cuando la prestación sea determinada con relación a la cosa.

Sin embargo existía en Roma la servidumbre llamada

oneris ferendi, es decir, el derecho de hacer descansar construcciones en el muro o la columna del vecino, según Namur o más propiamente era el derecho de hacer llevar por un edificio del fundo sirviente el peso de una construcción del fundo dominante, en la que el propietario solamente, *no el usufructuario*, está obligado a mantener en buen estado o reparar, el caso ocurrente, la parte de su edificio que soporta la del vecino, lo que sería una excepción al principio enunciado antes.

Esto lo explican los intérpretes, diciendo que al principio se establecía en el título constitutivo de la servidumbre, como una obligación personal, y que fuera de esos casos el propietario no estaba obligado a nada; pero que después se sobreentendió siempre esa cláusula, a la que finalmente se le dió un carácter real, que para algunos estaba determinado por el hecho de que el propietario puede librarse de su obligación por el abandono de su cosa.

Las restricciones al derecho de propiedad pudieron ser establecidas, para los Romanos, por la voluntad del propietario o por la ley. En el primer caso hay enajenación, hecho jurídico especial, cuya prueba debe ser suministrada por el que la invoca, y no le trasmite más que la parte precisa de poderes determinados por el título constitutivo.

En el segundo caso había en Roma, como hay hoy, reglas generales y permanentes a las cuales ninguna propiedad privada puede sustraerse, sino se justifica haberla válidamente libertado. Hay, pues, entre estas dos especies de restricciones, desde el doble punto de vista de la prueba y de la fuerza obligatoria, una diferencia que no permite confundirlas, como lo hacen a veces, bajo una misma denominación, oponiendo pretendidas servidumbres legales a las servidumbres establecidas por el hecho del hombre. Estas no existen mientras no sean formalmente constituídas, y a su respecto la libertad es la regla; aquéllas son de derecho común y frente a ellas la libertad es la excepción.

Cuando la restricción es sobre el derecho de enajenar, no podía tener un carácter real, es decir, importar la nulidad, aún respecto de terceros, de las enajenaciones hechas en contra de esa prohibición, sinó cuando ella emana de la ley; pues una prohibición así sancionada no limitaría solamente el derecho de propiedad, sino también la capacidad jurídica del propietario, y la voluntad individual no tenía en Roma, ni tiene hoy, ese poder. Las prohibiciones de enajenar convencionales, no obligan por lo tanto más que a las partes contratantes, sin que puedan atacar el derecho de terceros.

Debo hacer notar que al tratar de las restricciones a que me he referido, no he podido hacer cuestión de las que conciernen sea a la capacidad de ciertas personas como sujetos del derecho, sea a la aptitud de ciertas cosas como objetos del derecho de propiedad, pues las reglas que determinan las condiciones de las personas y de las cosas desde el punto de vista de la adquisición, del ejercicio y de la extensión de estos derechos, no son especiales a la propiedad, sinó que se aplican a todos los derechos en general; ni he tratado de restricciones sobre su totalidad de los poderes que encierra el derecho de propiedad, porque no puede haberla, desde que entonces él cesaría de existir y debería tomar otro nombre.

CAPÍTULO III

Nuestro sistema legal del derecho de propiedad

Hemos visto a grandes rasgos el sistema del derecho de propiedad en Roma, que es seguido por nuestro Código Civil, con pocas variantes.

Las restricciones que nuestro Código impone al derecho de propiedad, provienen en general de la ley misma, desde que para nosotros, sólo una ley puede derogar las disposiciones de otras; — de modo que lo referente a « los reglamentos » como lo hace notar Guillot, debe

entenderse de los dictados por el Poder Ejecutivo reglamentando las disposiciones de una ley, que lo facultan para ello y dentro siempre de los dictados de aquélla, — y lo mismo podría decirse de las convenciones o voluntad del testador, que no pueden obrar fuera de las prescripciones legales al respecto: por lo que está, en realidad, demás decir que las restricciones o modificaciones a este derecho pueden provenir de reglamentos, convenciones o voluntad del testador, como diferenciándolas de las provenientes de la ley.

Hay autores modernos que no admiten esas restricciones como referentes al derecho de propiedad en sí, es decir, que no se pueden modificar, arguyen, las relaciones entre el sujeto y el objeto del derecho, sino que ellas influyen en las relaciones de sujeto a sujeto, de propietario a propietario o entre éste y las demás personas.

Sea lo que fuere, en estas cuestiones, que no nos toca dilucidar ahora, que se siga la opinión de Dirksen o de los romanistas contrarios a su tésis, es indudable que nuestro régimen de propiedad es netamente romano, tanto que no acepta algunas instituciones de sus fuentes más directas que deformaron los preceptos romanos, el mayorazgo, entre otros, que algunos erróneamente hacen derivar del fideicomiso romano; instituciones que, por otra parte, no tuvieron arraigo en nuestro país a pesar de estar regido por las leyes españolas y de India que las aceptaban.

El doctor Piñeyro del Campo, dice a propósito de nuestro sistema legal, lo siguiente: «Con tales antece-
« dentes (lo que he manifestado en el párrafo anterior)
« era de prever que nuestro Código Civil, como también
« el proyecto anterior del doctor Acevedo, estableciera
« la legislación de la propiedad sobre la base romana,
« trasmitida en la teoría, aunque deformada por institu-
« ciones contemporáneas, de los códigos españoles, y
« restituída de hecho y derecho a su prestigio, depurán-
« dola de la mayor parte de sus causas de estancamiento
« por el Código Francés».

« Basta, en efecto, recorrer nuestra legislación civil « para encontrar en ella consignadas la extensión del « derecho de propiedad, las facultades amplias del propie- « tario sobre sus bienes, sin otras limitaciones que las del « derecho de todos y las conveniencias sociales, pruden- « temente interpretadas; entre las cuales, a más de las « que sirven de fundamento a algunas de las servidum- « bres y a la expropiación, figura en término principal « las que tienda a evitar la inmobilización de la tierra, « las que proscriben los contratos e instituciones que « desmiembren por largo tiempo el dominio de los bienes, « de su uso y goce, base de la supresión de la enfiteusis, « de la superficie, de los fideicomisos y otras instituciones « de tendencias análogas ».

Y se acentúa aún más el carácter romano de nuestra propiedad, si lo comparamos a las modernísimas legislaciones que fijan la extensión superficial que puede poseer cada individuo; que establecen el destino que debe darse a las tierras según su ubicación, la parte que se debe sembrar y cómo, y la parte destinada a simple pastoreo; y prohibiendo el arrendamiento,—sólo puede ser propietario el que las trabaja y nadie más, para esas legislaciones.

Si en el curso de este breve estudio he hablado más de propiedad inmobiliaria que de mueble, con referencia a Roma, es porque el Derecho Romano no ha admitido distinciones jurídicas entre ambas propiedades con referencia a ese estudio y porque de hecho es sobre la propiedad inmueble que pesan las restricciones legales que sus textos indican.

CONSIDERACIONES FINALES

Referencias

Hemos establecido la filiación legal en general de nuestro Código Civil y en particular con referencia a su título Preliminar, al de « Personas » y al sistema del derecho de propiedad que en él se establece; y conocidos esos antecedentes, es innegable la filiación netamente romana de sus disposiciones.

Pocas modificaciones fundamentales sobre lo establecido por las instituciones del Derecho Romano han sufrido sus similares de nuestra legislación civil.

La tradición

Nuestro Código siguiendo las normas romanas, aceptadas antes por la legislación española que nos regía, expresa que es necesaria la tradición para la transferencia del dominio, contra lo establecido por el Código Francés, que no la reputa necesaria por considerar que « la « propiedad se trasmite por el efecto de las obligaciones » y que la tradición no es más que un producto de la sutileza con que encaraban estos problemas los jurisconsultos romanos, según los autores de ese Código.

No es la obligatoriedad de la tradición, para nosotros, una innovación, como parece desprenderse del informe de la Comisión Codificadora, pues las leyes de Partidas, entre otras, que nos regían, lo repito, obligaban a la tradición para la válida transferencia de la propiedad y como lo hace notar el doctor Acevedo en su Proyecto, no había porqué hacer una innovación tan profunda, de

aceptarse la tésis francesa, cuando ningún perjuicio había ocasionado, ni ninguna dificultad levantaba ese estado de cosas, que no era ninguna sutileza y que había durado tantos siglos, sin que nada se objetara contra ella seriamente, desde que los Romanos la establecieron.

Una curiosa excepción a la regla romana, por nosotros seguida, de que las convenciones no bastan para transferir la propiedad de las cosas corporales, sino que es necesario que se efectúe la tradición, era en Roma la sociedad universal, llamada también sociedad *totorum bonorum*, que nuestro Código no acepta. Cuando tal sociedad se había formado, las cosas que eran propiedad exclusiva de cada uno de los contratantes, se hacían propiedad común de todos y esas trasmisiones recíprocas se cumplían sin tradición real o ficta.

Se ha tratado de explicar esta adquisición sin tradición por un constituto posesorio, pues así cada uno de los socios poseería en nombre de los otros lo que él poseía antes en su propio nombre, ya que se pudo al fin adquirir la posesión por representante y llegar así a la propiedad, lo que era prohibido en otra cosa, como hemos visto al tratar de los menores bajo tutela; pero esta explicación, dicen otros, sería satisfactoria si se pudiesen admitir que no solamente la propiedad, sino también la posesión puede ser trasmitida en virtud del contrato, lo que no admiten los textos, por lo que no se ha explicado el motivo de esta excepción.

Denominación de los contratos en Derecho Romano y en nuestro Código

Respecto a la denominación de los contratos que autoriza y rige nuestro Código Civil y a su definición, nuestro sistema difiere del Romano, siguiendo el establecido en el Código Napoleón; pues, según Pothier, los romanos los denominaban y clasificaban por las acciones a que daban origen. Nosotros los denominamos y clasificamos

teniendo en cuenta las formas de celebrarse y sus efectos entre las partes o con referencia a las demás personas, sin tener en consideración sus proyecciones litigiosas.

La doctrina de la «Lex Aquilia» y nuestro Código Civil

Gran desarrollo ha tomado la doctrina de la culpa *Aquiliana*, netamente romana y que consagra nuestro Código, aunque la teoría del riesgo profesional trata de abrirse camino, sobre todo dada la difusión de los accidentes causados por las máquinas, ya sean autómoviles o de fábricas, por la que se pretende hacer cargar a los propietarios de aquéllas con los accidentes por ella causados, como una incidencia de su derecho de propiedad; pero es aun, con todo, a la *lex Aquilia* que hay que ir a buscar los antecedentes de esas disposiciones, máxime para la discusión judicial de esas cuestiones.

La lesión enorme o enormísima

SU SUPRESIÓN EN NUESTRO CÓDIGO COMO CAUSA DE RESCISIÓN DE CONTRATOS

La rescisión de los contratos por lesión enorme o enormísima, que admitía el Derecho Romano, así como el Español que nos regía, ha sido desechada de nuestro Código, por las siguientes y muy valederas razones dadas por la Comisión Codificadora y que transcribo: « Es « de interés público que las convenciones lícitas sean siem- « pre eficaces, no sólo por el respeto que merecen la « promesa hecha y la palabra empeñada, sino también « porque la seguridad del dominio contribuye en gran « manera al desenvolvimiento de la riqueza y a la me- « jora de la condición material de la sociedad. El hom- « bre debe contratar con prudencia, y si no lo hace, « y se perjudica, la ley no debe prestarle auxilio, como

« no haya mediado delito o cuasidelito de parte del otro
« contrayente o algún otro vicio radical en el contrato.
« Dejaríamos de ser responsables de nuestras acciones, si
« la ley nos permitiera enmendar todos nuestros errores
« o nuestras imprudencias.

« Cuando la ciencia económica enseña de un modo incon-
« teste que el precio convencional se determina por la
« libre transacción del vendedor y el comprador, y ese
« precio es el verdadero y justo de las cosas, expresión
« de su valor en el cambio en el instante en que el
« contrato se celebra; cuando ese principio se encuentra
« consignado expresamente en una ley del Fuero Juzgo
« (7, Tít. 3, libro 5); cuando se observa en los asuntos
« mercantiles por disposición del Código Oriental, y no
« ofrece inconveniente alguno, ¿por qué no aceptaríamos
« en lo civil, como justo y acertado y bueno ese princi-
« pio? ¿Se puede preferir que continúe esa multitud de
« litigios temerarios o notoriamente maliciosos a que da
« lugar la extraña teoría de la lesión enorme y enormí-
« sima? Ciertamente que no; y tenemos por mucho más
« conforme a la moral, la sencilla consignación de esta
« regla; cada cosa vale la cantidad en que se vende; no
« habiendo vicios en ella, y no mediando error, ni dolo,
« ni coacción ».

A lo que se podría agregar como argumentos de orden más práctico, que dado el grado medio de instrucción de nuestro país, nadie puede llamarse a engaño respecto a un precio ofrecido y aceptado; que en países jóvenes el valor de las cosas cambia rápida y fundamentalmente; y por último si por ofuscación, para satisfacer pasiones, se malbaratan los bienes, no hay porqué ser tutor oficioso de quien tiene discernimiento para realizar pronto un capricho, costara lo que costara, quedando siempre a cubierto de las pérdidas cuando se mida friamente la diferencia con el costo real de su voluntad satisfecha.

Y esos principios hoy derogados, que consagran esas leyes romanas, que se podrían llamar « leyes - tutoras »

estaban bien para Roma, por la existencia de múltiples factores sociales y políticos que hoy, felizmente, no existen en nuestras democracias más o menos perfectas.

Esas leyes han cumplido la misión de protección que les fué encomendada, y hoy sirven sólo para admirar la altura de miras y el perfecto conocimiento de las pasiones humanas de sus autores, que no ignoraban, en general, lo poco que obligaban las leyes morales en esos tiempos y cómo se cotizaba en todo el poder humano. Esas leyes aparecen hoy bajo otro aspecto, pero con igual misión tutelar en las llamadas «leyes de emergencia», leyes ocasionales, para combatir abusos, para remediar situaciones que se reputan o que son quizá transitorias y que en el fondo, como la rescisión romana por lesión, son para evitar exacciones, aunque la causa que les da nacimiento es general y no particular como en aquel caso.

No es inútil y vano, pues, el estudio del Derecho Romano, él será siempre, como lo dijimos antes, algo así como la anatomía es a la medicina, la guía segura para no errar el camino de las leyes fecundas y de su exacta interpretación doctrinaria o judicial.

ÍNDICE

ÍNDICE

PRELIMINARES

OBJETO DEL ESTUDIO

PRIMERA PARTE

Antecedentes del Código Civil Uruguayo

SEGUNDA PARTE

TÍTULO I

Las personas

TÍTULO II

Las personas jurídicas en el Derecho Romano

TERCERA PARTE

TÍTULO I

Los bienes.— El derecho de propiedad

Consideraciones finales

ANALES DE LA UNIVERSIDAD